GERMANY

DIE CUSTODIA

NEBST IHRER

BEZIEHUNG ZUR VIS MAIOR

NACH

RÖMISCHEM RECHT

VON

FRANZ XAVER BRUCKNER.

GEKRÖNTE PREISSCHRIFT DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN
KÖNIGLICHER HOF-BUCHHÄNDLER.
1889.

Königl. Universitätsdruckerei von H. Stürtz in Würzburg.

Dem Andenken

seines

akademischen Lehrers

des

k. Geheimrats Dr. Alois von Brinz

o. ö. Professors des römischen Rechts an der k. Ludwig-Maximilians-Universität zu München, ordentl. Mitglieds der k. Akademie der Wissenschaften, Ritters hoher Orden etc.

gestorben den 13. September 1887 zu Schwabing

in dankbarer Verehrung

gewidmet

vom Verfasser.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Die custodia im Allgemeinen.

I. Abschnitt.

Die custodia im gewöhnlichen Sinne.

II. Abschnitt.

Die custodia im technischen Sinne.

III. Abschnitt.

Die einzelnen Obligationen in ihrer Beziehung zur Garantiecustodia.

IV. Abschnitt.

Vis maior in ihrem Verhältnis zur custodia.

V. Abschnitt.

Das Custodiaversprechen.

Einleitung.

Die custodia im Allgemeinen.

§ 1.

Begriff der custodia; Entfaltung desselben.

Wenn wir die zahlreichen Aussprüche der Quellen, welche von einem custodire oder von custodia sprechen, einer näheren Betrachtung unterziehen, so ergibt sich uns, so sehr auch die beiden Ausdrücke im Einzelnen bald diese, bald jene Färbung zeigen, doch schon bei einer blos oberflächlichen Betrachtung, dass ihnen immer die Vorstellung eines Hütens, Bewachens zu Grunde liegt. Hüten, Bewachen also ist die Grundbedeutung des Wortes custodire, Hut, Bewachung, die des davon abgeleiteten Substantivs custodia. Dies ist der Begriff der custodia, welcher in den Quellen in den mannigfachsten Anwendungen wiederkehrt.

Als Begriff eines Thätigwerdens, eines Handelns erfordert jegliches custodire ein Subjekt, welches hütet, welches bewacht und als solches erscheint der Natur der Sache nach immer ein lebendes Wesen[1]) meistenteils eine Person; so finden wir custodia mit gänzlicher Abstraktion vom Objekt des custodire

1) Es muss nicht gerade eine Person sein, denn auch vom Hund heisst es: custodit gregem.

in der Bedeutung von custos, Wächter, Wache [1]). Die in dem custodire liegende Thätigkeit erheischt des weiteren ein Objekt, auf das sie sich bezieht, gegen das sie gerichtet ist: und als solche Objekte begegnen uns Gegenstände der Aussenwelt, corpora und zwar sowohl Gegenstände der lebenden als der leblosen Natur. Dass die custodia es immer mit etwas Körperlichem zu thun hat, ist, wie wir bald sehen werden, von grosser Wichtigkeit für die Abgrenzung des Custodiabegriffes von einem anderen ähnlichen Begriffe, der für das Recht ebenfalls von eminenter Bedeutung ist.

Dadurch aber, dass sich in der realen Welt einerseits Wesen vorfinden, welche geeignet sind, Subjekte eines Custodiaverhältnisses zu werden, andererseits zum Objekt eines solchen taugliche corpora, tritt noch keine custodia thatsächlich in die Erscheinung; denn damit wirklich ein Custodiaverhältnis zwischen einem Subjekt und Objekt stattfinde, muss noch ein dasselbe erzeugender Faktor hinzutreten und von diesem die custodia erzeugenden Faktor wollen wir im nächsten § handeln.

§ 2.

Grund und Zweck der custodia.

Als ein Thätigwerden erfordert die custodia einen Kraftaufwand von Seiten des Hütenden, sie ist also für den letzteren eine Last, der er sich nur dann unterziehen wird, wenn er ein Interesse daran hat, dies zu thun. Der Grund jeder custodia, welche wir in die Erscheinung treten sehen, ist sonach eine zwischen Subjekt und Objekt des Hütens bestehende Interessenbeziehung. Wahrung eines wie immer im Einzelnen beschaffenen Interesses ist der Zweck der custodia. Aus der durch unser Rechtsleben bedingten ausserordentlichen Mannigfaltigkeit der Interessenbeziehungen, welche zwischen Personen auf der einen und Personen, aber namentlich Sachen auf der anderen Seite bestehen, ergibt sich zugleich die Wich-

---

1) l. 9 dig. 2, 12.

tigkeit des Custodiabegriffes für das Recht, welches Ergebnis wir durch die ausserordentlich mannigfaltige Anwendung desselben im positiven Recht bestätigt finden.

Als Subjekte der custodia erscheinen demnach Personen, als Rechtssubjekte, welche Gegenstände ihres Interesses, Rechtsobjekte, hüten und bewachen[1]). Die custodia ist ihnen eben ein Mittel, um Interessen zu wahren, die für sie mit den betreffenden Objekten verknüpft sind. Sie ist aber, wie wir unten sehen werden, nicht das einzige Mittel.

§ 3.

Arten der custodia.

Einzelne Anwendungen in den Quellen.

Das dem soeben gekennzeichneten Zwecke dienende Hüten eines corpus bestimmt sich nun des näheren im Hinblick auf das letztere in einer doppelten Art: wir können nämlich ein Objekt hüten, damit es nicht Schaden nehme und dadurch unser Interesse geschädigt werde, wir können es aber auch hüten, damit es nicht selbst in einer Weise thätig werde, welche unserem Interesse nicht entspricht.

Was nun 1. das Hüten in der letzteren Richtung betrifft, so bestimmt es sich hier näher zu einem „Ueberwachen", „Beaufsichtigen" und als Objekt desselben erscheint der Natur der Sache nach immer ein lebendes oder doch ein einem solchen gleich zu stellendes Wesen. So namentlich auf dem Gebiete des Kriminalrechtes: custodire erhält hier die spezielle Bedeutung von „verwahren, gefangen halten", custodia, die von „Haft[2])" oder auch mit gänzlicher Abstraktion vom Subjekt des custodire die Bedeutung „Inhaftirter, Arrestant[3])". Die custodia besteht hier vorzüglich in einem custodire ne fugiat

---

[1]) Von hier aus erscheint der Hund, der Wächter der Herde, nur als Werkzeug seines Herrn.

[2]) l. 13 § 5 dig. 49,16; l. 9 dig. 28,1; l. 224 dig. 50,16; l. 14 dig. 48,3.

[3]) l. 18 § 10 dig. 48,18; l. 14 dig. 48,3.

custodiendus, die Interessenbeziehung, in dem Interesse, das der Staat an der Inhaftirung des Gefangenen hat[1]. Insofern diese Art der custodia einen Menschen betrifft, hat sie weithin strafrechtlichen Charakter und tritt überhaupt nur ein, wenn besondere, von dem Gewöhnlichen abweichende Umstände es erheischen[2]. Jedoch ist der Gebrauch des Wortes custodia in dieser Anwendung durchaus nicht auf Menschen als Objekt beschränkt: so denken wir beim Hüten von Tieren z. B. Schafherden etc. zunächst an diese Art der custodia, die Schafe sollen beisammen gehalten werden, damit sie sich nicht verlaufen. Ferner finden wir ein ignem custodire im tit. ad legem Aquiliam, das Feuer wird hier einem lebenden Wesen gleichgestellt: wie der Sklave custodirt wird, ne fugiat, so das Feuer, ne evagetur[3]. Ebenso ist der Fall der custodia ventris hierher zu ziehen, weil es hier nicht so fast auf ein Hüten des partus, der ja in Wirklichkeit gar nicht vorhanden zu sein braucht, als auf eine Ueberwachung der Mutter ankommt, um einer subjectio partus ihrerseits vorzubeugen[4].

Was dann 2. das custodire eines Objektes, damit es nicht Schaden nehme, anlangt, so bekommt hier das Wort die engere Bedeutung von „schützen, schirmen, aufbewahren = servare" und dem entsprechend custodia die Bedeutung von „Schutz, Aufbewahrung". Gegenstand dieses Schutzes können an sich sowohl lebende Wesen als leblose Sachen sein, jedoch kommen hier die lebenden Wesen in ihrer Qualität als solche gar nicht in Betracht, so dass wir sagen können, Gegenstand des Schutzes sind nur Sachen[5].

---

1) Wegen Untersuchung bezw. Bestrafung.

2) Wir werden viel weiter unten einen interessanten Fall dieser Art kennen lernen, nämlich bei der Erörterung über die anomale Behandlung der custodia servi im römischen Rechte, worauf schon jetzt hingewiesen sein soll.

3) l. 27 § 9 dig. 9,2.

4) cf. dig. 25,4. — Von einer weiteren Anwendung der custodia dieser Art gleich unten.

5) So gibt es eine custodia servi auch in diesem Sinne. Ebenso ist eine custodia als Schutz, Beschützung einer freien Person z. B. von Kindern, sogar als Gegenstand einer loc. cond. operis oder operarum sehr wohl denkbar.

Daraus, dass sowohl die soeben charakterisirte schützende als auch die beaufsichtigende custodia dem gleichen Zwecke dienen, nämlich dem Zwecke jeder custodia überhaupt, wie er oben gekennzeichnet wurde, ergibt sich die Konsequenz, dass diese beiden Arten der custodia nicht immer streng von einander geschieden sind, so dass custodia in den Quellen, immer nur die eine oder die andere Art bezeichnen würde, vielmehr kann das Wort custodia auch beide Arten in sich begreifen, was dann sprachlich dadurch ermöglicht wird, dass eben der custodia der Begriff des Hütens, Bewachens zu Grunde liegt, der auf beide Arten der custodia passt. Dies ist z. B. der Fall bei der custodia eines Sklaven. Hier besteht nämlich die custodia (soweit eine solche überhaupt vorkommt) in einer Beschützung der Person des Sklaven vor Unfällen, also in der custodia der zweiten Art, sie besteht aber auch in einer Beaufsichtigung des Sklaven, in einem custodire ne fugiat (oder auch ne ipse sibi damnum det), also in der custodia der ersteren Art. — Unter Umständen ferner führt, nämlich immer, wenn sich zwei Interessen begegnen, die Zulassung zur einen custodia sogar die Verbindlichkeit zur anderen mit sich so z. B. in den Fällen der missio in possessionem custodiae causa, wie dies ausdrücklich von der missio in poss. legatorum servandorum causa in l. 5 § 22 dig. 36,4 bezeugt ist, indem es einerseits heisst vom Legatar: „fructus custodire oportebit ne ab herede consumantur, andererseits ita res hereditarias custodire debet ut neque heredi auferantur etc., wobei unter ersterem an eine Beaufsichtigung, Ueberwachung einer Person, nämlich des Erben, also an die beaufsichtigende, unter letzterem an die Beschützung der Erbschaftssachen, also an die schützende custodia, gedacht werden muss [1]).

[1]) Die Stelle spricht allerdings auch in der ersteren Richtung nicht von einer Beaufsichtigung des Erben in Bezug auf die Früchte, sondern von einem Schutz derselben vor dem Erben. Dass übrigens auch die im Text gegebene Auffassung des Verhältnisses den Quellen geläufig ist, beweist l. 5 pr. eod. wo es heisst: „ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem", damit von dem Erben durch den Ueberdruss an der beständigen (lästigen) Ueberwachung (seitens des Legatars) die Kaution erpresst werde. cf. Pernice Labeo,

§ 4.

Abgrenzung des Custodiabegriffes und Definition der custodia.

Oben (§ 2) wurde die custodia als Mittel bezeichnet, um Interessen zu wahren, welche für ein Rechtssubjekt mit einem bestimmten Objekt verknüpft sind, aber zugleich wurde darauf hingewiesen, dass sie nicht das einzige Mittel sei, um dieses Ziel zu erreichen. Die Wahrung eines Interesses kann nämlich noch in anderer Weise bethätigt werden, als blos durch custodia. Ein Beispiel wird dies verdeutlichen. Das Interesse, das der Eigentümer daran hat, dass ihm seine Sache erhalten bleibe, macht er geltend sowohl dadurch, dass er die Sache selbst behütet, bewacht und so bewahrt vor Untergang, vor Verschlechterung, vor allem aber davor, dass sie ihm nicht abhanden komme, als auch dadurch, dass er die Hilfe des Rechts in Anspruch nimmt, dass er z. B., um die ihm schon abhanden gekommene Sache wiederzuerlangen, die rei vindicatio gegen den dermaligen Besitzer derselben anstellt. Erstere wie letztere Handlung sind Handlungen, wodurch er sein Interesse am Eigentum geltend macht, aber nur die ersteren sind Custodiahandlungen. Wir sehen also, dass das charakteristische Unterscheidungsmerkmal der custodia nicht in dem Zweck liegt, dem sie dient, wenn derselbe auch von grosser Bedeutung ist für die richtige Erfassung ihres Wesens; dasselbe liegt vielmehr hier in der besonderen Art und Weise, wie dieser Zweck bei der custodia erreicht wird. Der Rechtsschutz der Klagen näm-

II, 344: „Indessen handelt es sich hier im Grunde durchgängig um eine Beobachtung von Menschen". Das ist nicht ganz korrekt, deshalb, weil ja der Legatar nicht blos die Erlaubnis hat, den Erben in seinem Thun und Treiben zu beaufsichtigen, sondern ihm das Interesse des Erben auch die Verpflichtung auferlegt, die Erbschaftssachen zu beschützen, auch einer anderen Person, nicht blos dem Erben gegenüber, sondern vor Allem gegenüber den von aussen herantretenden Unfällen. Deshalb hätte Pernice richtiger sagen sollen: „In erster Linie handelt es sich hier um eine Beobachtung von Menschen (nämlich des Erben etc.), denn dies ist ja der eigentliche Zweck der Immission, und erst in zweiter Linie um eine Beschützung von Sachen.

lich wird bethätigt nicht dadurch, dass er sich gegen das körperliche Objekt (mit dem allerdings das Recht, das geschützt werden soll, verknüpft ist) selbst richtet, sondern sich auf Verteidigung des abstrakten Rechtes wirft; die custodia dagegen besteht in einem Thätigwerden in der Richtung auf das corpus selbst, das für sie gleichsam conditio sine qua non ist: wo kein corpus, da auch keine custodia. Die custodia ist soviel mehr etwas faktisches, thatsächliches als z. B. die possessio, dass die Quellen zwar von einer iuris quasi possessio, nie aber von der custodia eines abstrakten Rechts sprechen. Die custodia ist überhaupt als eine rein thatsächliche Erscheinung von juristischer Konstruktion und Fiktion trotz ihrer Bedeutung und häufigen Anwendung im römischen Rechtssystem freigeblieben, wie wir im weiteren Verlaufe dieser Abhandlung noch des Oefteren zu beobachten Gelegenheit haben werden.

Die Abgrenzung der custodia vom Klagenschutz bezieht sich zwar nur auf die Art der custodia, welche wir als die schützende bezeichnet haben, und sie ist überhaupt von prinzipieller Bedeutung nur für den Custodiabegriff, welchen wir im Folgenden kennen lernen werden; aber die Berührung dieses Unterschiedes schon an dieser Stelle rechtfertigt sich dadurch, dass sie uns den Fingerzeig gibt, worauf wir bei jeder näheren Präcision des Custodiabegriffes unser Augenmerk zu richten haben werden.

Sollen wir nun am Schlusse dieser einleitenden Erörterungen das Ergebnis derselben zusammenfassen in einer Definition der custodia im Allgemeinen, welche den Custodiabegriff in allen Anwendungen, in denen er vorkommt, zu decken hat, so dürfte dieselbe folgendermassen lauten:

Custodia ist die durch Bewachung eines körperlichen Objektes sich bethätigende Geltendmachung eines (im Einzelnen sehr verschieden gestalteten) Interesses.

Von den zahlreichen Custodiaverhältnissen, welche diese Definition trifft, sind nun aber nicht alle für die juristische Betrachtung von gleichem Interesse; vielmehr werden wir von nun an unsere Aufmerksamkeit einem bestimmten Kreis der-

selben zuwenden, welcher von ganz besonderer Wichtigkeit ist und daher von jeher Gegenstand von Erörterungen war. Aber auch hier werden wir wieder unterscheiden zwischen custodia im gewöhnlichen und custodia im technischen Sinne, indem wir mit der ersteren die dem allgemeinen Custodiabegriff näher stehende und unmittelbar daraus abgeleitete, unter letzterer aber eine demselben ferner stehende, aber eben deswegen nicht weniger damit zusammenhängende Formulirung des Custodiabegriffes bezeichnen.

I. Abschnitt.

Die custodia im gewöhnlichen Sinne.

§ 1.

Begriff derselben.

Der Umstand, dass die Beziehung auf ein körperliches Objekt ein Essentiale der custodia ist, weist uns sofort auf das Rechtsgebiet hin, für welches die custodia von ganz besonderer Bedeutung sein muss. Es ist dies das Rechtsgebiet, in dem es sich um Beziehungen zwischen Personen, Rechtssubjekten einerseits und Sachen, Rechtsobjekten andrerseits handelt, mit anderen Worten, es ist dies das Rechtsgebiet, welches sich mit Sachen als Bestandteilen des Vermögens einer Person beschäftigt, es ist das Vermögensrecht [1]). Durch die Bethätigung der custodia will sich hier das Rechtssubjekt vor einem vermögensrechtlichen Schaden bewahren; das Interesse ist also hier nicht wie z. B. bei der custodia des Gefangenen von Seite des Staates ein öffentlichrechtliches, sondern ein privatrechtliches und zwar vermögensrechtliches. — Da nun unser Vermögen grösstenteils aus leblosen Objekten besteht, so tritt

---

1) cf. Windscheid, Pand, § 13.

hier die beaufsichtigende custodia ganz in den Hintergrund, und die custodia stellt sich hier weithin als Schutz dar[1]). Wir werden daher im Folgenden kurzweg von custodia als Schutz einer Sache sprechen, ohne freilich dabei zu vergessen, dass die custodia nicht Schutz der Sache selbst als solcher ist, sondern vielmehr der durch Bewachen der Sache bethätigte Schutz des mit derselben verknüpften Interesses[2]). Das Vermögensinteresse,

1) Aber wohlgemerkt blos „weithin". Für unser Rechtsleben ist die Hauptausnahme mit der Beseitigung der Sklaverei hinweggefallen. Sobald eben ein lebendes Objekt da ist, welches unserem Interesse selbstthätig entgegenzuwirken vermag, dehnt sich die custodia auch auf Beaufsichtigungshandlungen aus, so vor Allem für den Römer bei der custodia servi: gerade damit hängt auch einesteils, wie wir unten sehen werden, die Erscheinung zusammen, dass das römische Recht die custodia servi anders behandelt, als die custodia der sonstigen Vermögensobjekte.

2) Dass sich die custodia nicht als Schutz der Sache selbst konstruiren lässt, zeigt sich deutlich, wenn man Folgendes erwägt. Der Schutz einer Sache an sich kann ja nur auf Bewahrung vor Beschädigungen oder gänzlichem Untergang sich beziehen; etwas Weiteres ist, wenn man eine Sache isolirt, d. h. nur in ihrer Eigenschaft als solche betrachtet, nicht denkbar. Doch ist der Inhalt der custodia mit der Bewahrung der Sache vor Beschädigungen oder gänzlichem Untergang nicht erschöpft: wir werden unten vielmehr sehen, dass der Schutz vor Entwendung vor Allem von den Quellen unter den Begriff der custodia gestellt wird. Die Entwendung lässt sich aber nimmermehr unter den Gesichtspunkt der Schädigung der Sache bringen; die Substanz der Sache wird dadurch nicht verletzt, möglicherweise befindet sich die Sache selbst in der Hand des Diebes besser als in der Hand des früheren Besitzers. Interessant in dieser Beziehung ist ferner l. 36 dig. de actt. empti et venditi, wo von Paulus die stipulationis de damno infecto interpositio als pars custodiae bezeichnet wird. Diese stip. interp. besteht aber bekanntlich nicht darin, dass das betreffende Grundstück selbst vor dem damnum geschützt wird, sondern sie ist nur die Bestellung der cautio damni infecti von Seiten des Eigentümers des bedrohenden Grundstückes, dass er den Schaden, wenn einer durch sein Grundstück dem benachbarten zugefügt werden sollte, ersetzen werde; also bezieht sich hier der Schutz zunächst wieder nur darauf, dass das vermögensrechtliche Interesse des Eigentümers des bedrohten Grundstückes gewahrt bleibe. Und diesmal äussert sich dieser Schutz nicht einmal in Handlungen, welche sich auf das corpus selbst beziehen. cf. l. 9 pr. dig. 39,2 „custoditur". Hier nähert sich überhaupt das custodire ganz dem cavere und Paulus konnte nur im Hinblick darauf die damni infecti stip. int. noch unter den Begriff der custodia stellen, dass sich in dem Drängen nach Bestellung einer cautio damni infecti (von Seiten des Eigentümers des bedrohenden Grundstückes) eine Bethätigung derjenigen Aufmerksamkeit dokumentirt, welche sich in Bewachung des bedrohten Grundstückes von Seiten seines Eigentümers äussert.

das durch custodia gewahrt wird, ist nun in concreto weithin verdichtet zu einem Vermögensrecht, aber eben nicht immer. So schützt der Eigentümer seine Sache, damit nicht sein Eigentumsrecht durch den Untergang der Sache verloren gehe oder in seinem Wert durch teilweise Zerstörung derselben gemindert oder gar durch das Abhandenkommen derselben zu einem eitlen werde. Anderwärts, freilich in selteneren Fällen, sehen wir ein blosses, noch nicht ein Recht zu nennendes Interesse als Grund der custodia. Dies ist z. B. der Fall bei der custodia des in poss. immittirten Legatars, wenn ihm das Legat sub condicione hinterlassen, also ein Recht seinerseits noch gar nicht existent geworden ist.

Die Quellen kennen nicht blos die custodia eines einzelnen Vermögensobjektes, sondern sie sprechen auch von der custodia eines Vermögensinbegriffes, so z. B. von der custodia des curator bonorum, und stellen diese in Gegensatz zu der administratio bonorum [1]). In dem Begriff der custodia gegenüber der administratio bonorum (eben wieder einer anderen, weiter gehenden Form der Geltendmachung von Vermögensinteressen) liegt so zu sagen etwas passives; es ist ein tiefgehender Unterschied zwischen beiden, der sich unmittelbar aus dem Begriff der custodia ergibt. Durch blosses Bewachen wird das Vermögen nicht vermehrt, wohl aber durch administratio, durch Vermögensverwaltung in jeder Richtung [2]). Die administratio ist daher im Vergleich zur custodia, welche nur auf Erhaltung des Erworbenen hinzielt, eine höhere Form der Interessenwahrung. Als solche wird sie denn auch geradezu von den Quellen bezeichnet, indem dieselben von tutela im Gegensatz zur custodia sprechen und hierbei unter ersterer die administratio bonorum im Auge haben [3]).

---

1) cf. l. 48 dig. 26,7: die custodia erscheint hier überall als beschränkte Vermögensverwaltung.

2) So ist der Geizhals, der seine Schätze vergräbt, das Ideal eines custos, der Geschäftsmann, der seine Schätze in gesicherten gewinnbringenden Unternehmungen verwendet, das Ideal eines administrator bonorum.

3) cf. namentlich die Formel beim alten Manzipationstestament (Gai. II, 104),

Im Vorausgehenden haben wir den Begriff der custodia, wie wir ihn allgemein in den einleitenden Bemerkungen festgestellt haben, seiner Natur nach nicht verändert, wir haben ihn für die weitere Betrachtung nur eingeschränkt, indem wir ihm einen besonders qualifizirten Zweck unterstellten, nämlich den der Wahrung eines vermögensrechtlichen Interesses. Da es demnach im Grunde genommen derselbe Begriff ist wie der der allgemeinen custodia, mit dem wir es auch hier zu thun haben, bezeichnen wir die so bestimmte custodia als die custodia im gewöhnlichen Sinne, welche Gegenstand der Darstellung dieses Abschnittes sein wird.

§ 2.

Thatsächliche Voraussetzung der custodia; Inhalt derselben.

Sind die drei mehrfach berührten Vorbedingungen der custodia im einzelnen Falle gegeben, nämlich eine Person, eine Sache und ein Interesse, das die Person an der Erhaltung der betreffenden Sache hat, so ist damit zugleich ein Fall der custodia vorhanden; aber diese custodia ist, wenn ich mich so ausdrücken darf, nur eine latente, und damit wirklich custodia thatsächlich zur Erscheinung kommt, bedarf es noch einer

---

bei welchem der familiae emptor sich der Worte bediente: „familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela custodelaque mea ex iure Quiritium esse aio . . ., womit darauf hingewiesen werden sollte, dass derselbe vom Testator das ganze Vermögen überkommen habe, und zwar mit der Vollmacht (mandatela), jede Verfügung in Bezug auf tutela, administratio sowohl als in Bezug auf custodela, auf Erhaltung des Vermögens in seinem bisherigen Bestande, zu treffen, weil er ja heredis loco war (§§ 103, 105 in fine). Hier ist also die Verwaltung über das ganze Vermögen (administratio im weiteren Sinne) aufgelöst in ihre zwei Bestandteile, nämlich 1. tutela, d. i. Verwaltung im engeren Sinne, welche auf Vermehrung des Vermögens hinzielt und 2. custodela, welche die Erhaltung des Vermögensgrundstockes im Auge hat. — Vergleiche ferner noch die tutela des Vormundes im Gegensatze zur blossen custodia des curator bonorum. — Dass auch die administratio bonorum von den Römern, wie im Text gekennzeichnet, als Form des Interessenschutzes aufgefasst wurde, beweist der Ausdruck „tutela", ein Wort, das bekanntlich von tueri, schützen, abgeleitet ist.

weiteren so zu sagen materiellen Voraussetzung. Das Wort custodire weist als Zeitwort auf eine Thätigkeit, ein Handeln hin, das sich eben hier, wie wir gesehen haben, in einem Bewachen, Hüten äussert. Freilich hat der Mensch bei der grossen Menge der einzelnen in seinem Vermögen enthaltenen Objekte sich die Last der custodia, welche allein seine ganze Arbeitskraft in Anspruch nehmen würde, dadurch erleichtert, dass er gegenständliche Einrichtungen ersann, wodurch seinen Sachen wenigstens der für gewöhnlich ausreichende Schutz zu Teil wird, so dass ein persönliches Eingreifen seinerseits zu Gunsten einer Sache nur in besonderen Ausnahmefällen einzutreten braucht. Das ändert aber an dem Begriff der custodia als einer Thätigkeit des Menschen ebensowenig, als die Anwendung von Vorrichtungen und Maschinen an dem Begriff der menschlichen Arbeit überhaupt. Das custodire rem äussert sich also in gewissen Verfügungen, welche die zu schützende Sache betreffen. Um aber diese Verfügungen zur rechten Zeit und am rechten Ort treffen zu können, fordert das custodire von dem custos eine gewisse Aufmerksamkeit auf die zu schützende Sache, welche sich zeigt in Beobachtung aller äusseren Vorgänge und in direkter Bezugsetzung derselben zur Sache selbst. Diese Bezugsetzung erzeugt dann das Motiv zum Handeln, worauf die Custodiahandlung selbst, d. h. das Einschreiten der Person zum Schutze der Sache erfolgt. Diese hier gezeichneten Vorgänge werden denn auch durch die deutschen Wörter „Hüten, Bewachen" sehr schön zum Ausdruck gebracht [1]). Damit nun aber einerseits diese Bezugsetzung der äusseren Vorgänge zu einer bestimmten Sache ermöglicht sei, muss die letztere sozusagen fortwährend in conspectu custodientis sein, andrerseits darf dieselbe, um dann darnach eine Verfügung in Bezug auf sie treffen zu können, nicht ausser dem Bereich der Sphäre

---

[1]) Wenn hier von „Aufmerksamkeit" die Rede ist, so ist diese etwas ganz anderes als Fleiss „diligentia"; und es soll damit den Anhängern der Lehre von der custodia als species diligentiae keinerlei Zugeständnis gemacht werden; diese dürften sich vergeblich bemühen, den Fleissbegriff als in dem der custodia enthalten nachzuweisen. Doch davon später!

gelegen sein, für welche eine Einwirkung von Seiten des Custodienten auf die Sache noch möglich ist. Mit anderen Worten: Thatsächliche Voraussetzung für die Verwirklichung der custodia ist eine gewisse faktische Verbindung zwischen Person und Sache.

Diese faktische, körperliche Verbindung zwischen Person und Sache ist aber nichts anderes, als das, was die Quellen mit detentio oder naturalis possessio bezeichnen, nur dass diese Ausdrücke auf die thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache in jeder Richtung gehen, und das innere Verhältnis zwischen Person und Sache betreffen, während die custodia begrifflich das Verhältnis zwischen Person und Sache nach aussen im Auge hat[1]). Auf der Erwägung, dass nur derjenige eine Sache custodiren könne, welcher in einer gewissen thatsächlichen Verbindung mit ihr steht, beruht das Institut der missio in possessionem: der Legatar, der Gläubiger, wird in poss. immittirt, wie es in den Quellen heisst, custodiae causa d. h. er wird durch die Immission in die Lage versetzt, die Erbschaftssachen bezw. die Sachen, welche zu seiner Befriedigung dienen sollen, gegenüber dem Erben, bezw. Schuldner in Schutz nehmen zu können. In demselben Sinn sagt auch l. 4 § 2 dig. 18,6: finis custodiae est avehendi tempus: Die custodia hört auf, wenn die faktische Möglichkeit der custodia aufhört und dies wird mit der Wegfuhr der betr. Sache auch gewöhnlich der Fall sein[2]).

1) Die Detention ist eben nicht nur Voraussetzung für die custodia, sondern Voraussetzung der administratio in Bezug auf die Sache überhaupt. Wer die detentio der Sache hat, kann faktisch mit ihr schalten und walten, wie er will. Die custodia steht so im Verhältnis des minus zur Detention. Nur dann, wenn Jemand die Detention einer Sache blos zum Zwecke des Schutzes derselben erhalten hat, spricht man daher von custodiam tradere, womit auf jene Beschränkung hingewiesen werden soll. cf. l. 38 pr. in fine dig. 39,2; l. 1 § 33 dig. 43,16; l. 3 § 23 dig. 41,2.

2) cf. hiezu noch l. 5 § 14 dig. 13,6 „custodiam eum praestare debere, penes quem res relictae sunt, und das „antequam tradat" in l. 36 dig. 19,1. Ferner noch besonders l. 77 § 21 de leg. II: „custodiae causa tradere". Darüber, dass der Gläubiger und Legatar in die Detention eingewiesen werden custodiae causa, um es ihnen zu ermöglichen, die Sachen gegen den Erben zu schützen, cf. l. 10 § 1 in fine dig. 41,2. — Sobald sich daher Jemand z. B. von seinem Grundstück entfernt i. e. die Detention aufhebt, wird er vorsichtshalber,

— Es ist zwar nicht zu leugnen, dass in einem einzelnen Fall auch derjenige eine Sache schützen kann vor einem sie bedrohenden Unfall, der sie nicht in seiner Detention hat, aber dauernden, nachhaltigen Schutz kann ihr nur der Detentor gewähren. Darum ist es durchaus nicht falsch, wenn wir die Detention als die thatsächliche Voraussetzung der custodia bezeichnen, um so mehr als sich gerade die römischen Juristen daran gewöhnt haben, die custodia als ein dauerndes zuständliches Verhältnis zwischen Person und Sache aufzufassen [1]), womit dann auch der Satz, dass nur derjenige für custodia haften kann, welcher (und nur so lange er) die Detention hat, im Einklang steht [2]). Daher finden wir auch eine traditio custodiae als trad. nat. poss. in l. 38 pr. dig. 39,2. Wo deshalb der oben berührte Unterschied zwischen custodia und detentio sich nicht geltend macht, finden wir geradezu custodia für detentio gebraucht [3]). Ganz evident aber erhellt die Richtigkeit des Gesagten aus der Behandlung der interpositio der stipulatio damni infecti in den Quellen. Wir haben oben schon darauf hingewiesen, dass sie, obwohl schon auf der Grenze zwischen custodia und Rechtsschutz liegend, von den römischen Juristen als eine Bethätigung der custodia aufgefasst wird. Nun ist das subjektive Recht, cautio damni infecti zu verlangen, nicht eine thatsächliche, sondern eine rechtliche Potenz und als solche kann es vom positiven Recht jedem beigelegt werden, namentlich ist das Recht an keinerlei thatsächliche Voraussetzungen gebunden. Trotzdem ist vorgeschrieben, dass der Käufer nicht wirksam die Stipulatio interponiren kann, bevor er nicht die nat. poss. der Sache erlangt hat: also nicht ante traditionem. Augenscheinlich hat nur der Umstand, dass die Römer die stipulationis interpositio unter den Gesichtspunkt der custodia rei

---

damit der fundus auch in seiner Abwesenheit geschützt sei, einen custos aufstellen und zu diesem Zwecke diesen in die Detention einweisen. cf. l. 38 pr. dig. 39,2.

1) cf. unten § 5.

2) Dass dieser Satz wirklich von der römischen Jurisprudenz in den Quellen aufgestellt ist, wird unten nachzuweisen sein.

3) So immer beim Besitzerwerb cf. l. 18 § 9 dig. 39,2, ferner l. 51 dig. 41,2: „custodia tradatur“, „utrum ipse . . . . custodiat“.

stellten, zu dieser Forderung der nat. poss. in Bezug auf Legitimation zur interpositio geführt.

Ist also die Detention Voraussetzung der custodia, so ist dies aus dem soeben erwähnten Grunde nicht der Fall für den Rechtsschutz, den ein mit einer körperlichen Sache verbundenes im Rechte begründetes Interesse geniesst. Der Rechtsschutz ist ja auch in der Regel nicht Schutz der res selbst, sondern tritt vielmehr vielfach erst dann ein, wenn das Recht an der Sache bereits verletzt ist, wenn z. B. die betreffende Sache bereits zerstört ist. Andererseits aber hat derselbe doch insofern auch in diesem Falle eine rückwirkende Kraft, als der Rechtsverletzer (denn nur vom Schutz gegen die facta von Personen kann hier die Rede sein) von der absichtlichen Rechtsverletzung abstehen und vor einer fahrlässigen Verletzung eines fremden Rechts sich in Acht nehmen wird, wenn er sieht, dass dem Berechtigten der Schutz des Rechtes zur Seite steht.

Der Rechtsschutz erscheint sonach als eine Ergänzung der custodia, ist aber in doppelter Beziehung auf einen engeren Kreis der Anwendung beschränkt: einmal nämlich gibt es regelmässig nur Rechtsschutz gegen die facta von Personen, nicht aber gegen die Schäden, welche Sachen erleiden durch Naturereignisse, wohl aber besteht den letzteren gegenüber ein Schutz in der Form der custodia. Zweitens wird der Rechtsschutz nur demjenigen zu teil, der ein im Recht begründetes Interesse an der Sache hat, nicht aber demjenigen, der z. B. eine Sache zu Unrecht besitzt, wie der Dieb; dagegen lässt auch der Dieb der von ihm gestohlenen Sache custodia angedeihen in seinem Interesse. Dieser doppelte Unterschied der custodia vom Rechtsschutz ergibt sich eben aus der Natur der ersteren als etwas rein thatsächlichen, das für eine rechtliche Beschränkung unempfänglich ist. Aus der Natur des Rechtsschutzes ferner folgt, dass er gerade da eintritt, wo die Möglichkeit der custodia wegfällt, d. h. nachdem das, wovor custodia schützen soll, bereits eingetreten

ist[1]). In der custodia dagegen liegt das „Vorsorgen" cavere, und eine Handlung, welche nach dem Unfall zur Beseitigung der bereits eingetretenen schlimmen Folgen desselben vorgenommen wird, stellen die Quellen nie unter den Begriff der custodia[2]).

Ein rem tenere, ein in possessione esse bildet demnach die faktische Grundlage der custodia. Da also derjenige, welcher ein Interesse daran hat, eine Sache zu schützen, dies nur dann zu thun vermag, wenn er die Detention derselben hat, so folgt, dass die custodia einer Sache vor allem schon aus diesem Grunde die Erhaltung der Detention im Auge haben muss; denn mit dem Verlust derselben geht auch die Möglichkeit, die Sache unversehrt zu bewahren, verloren. Der Schutz der Detention wird denn auch als Inhalt der custodia von den Quellen in erster Linie betont. So hat uns die Erörterung über die thatsächliche Grundlage der custodia von selbst zur Auseinanderlegung des Inhalts derselben geführt. Der Inhalt der custodia ist sonach ein doppelter; sie ist gerichtet

1. auf die Erhaltung der Detention und
2. auf die Erhaltung der Sache in ihrer körperlichen Unversehrtheit.

Im Einklang damit spricht die l. 15 § 22 dig. 36, 4 von diesem doppelten Inhalt der custodia, indem sie vom Legatar sagt:

„ita res hereditarias custodire debet, ut neque heredi auferantur (1) neque depereant deterioresve fiant (2)".

Hier ist also der Schutz gegen die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit noch weiter zerlegt in den Schutz gegen gänzlichen Untergang und gegen blosse Verringerung oder Verschlechterung der Sache.

---

1) Dies drückt l. 9 pr. dig. 39,2 prägnant aus, wenn sie sagt: „quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur".

2) So z. B. die Heilung eines verwundeten Sklaven.

§ 3.

Verhältnis der custodia zu unbeweglichen und beweglichen Sachen; die Besitzescustodia.

Die Erhaltung der Detention hat ausser der soeben dargelegten für eine Klasse von Sachen noch eine ganz andere, viel wichtigere Bedeutung. Hier ist nämlich die Erhaltung der Detention das einzige Mittel zur Erhaltung des Besitzes und insofern wirkt die custodia, die thatsächlich Schutz der Detention ist, als Schutz des Besitzes, aber sie ist wohlgemerkt nicht dieser Schutz des Besitzes selbst, da der Begriff des possessio ein juristischer ist und der Besitz als solcher demnach nicht Gegenstand der custodia sein kann, welche, wie wir schon öfters zu betonen Gelegenheit hatten, etwas rein faktisches ist. [1]) Bei diesen Sachen hat demnach der Schutz der Detention einen doppelten Zweck: einmal nämlich wird die Detention geschützt von dem Eigentümer [2]), um sich die Möglichkeit zu erhalten, die Sache vor Beschädigung und Untergang zu bewahren, und zweitens wird sie geschützt, damit der Besitz an der Sache nicht verloren gehe, ohne den ja das Eigentum wertlos ist. Aber wie schon erwähnt, nur für eine Klasse von Sachen ist der Schutz der Detention auch in dieser letzteren Richtung von Bedeutung, indem nämlich hier ein tiefgehender Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen Platz greift, ein Unterschied, dessen volle Tragweite für die Lehre von der custodia uns erst im folgenden Abschnitte klar werden wird.

Der Verlust des Besitzes tritt bei Immobilien und Mobilien in einer ganz verschiedenen Weise ein. [3]) Für unbewegliche Sachen ist nämlich in Bezug auf die Erhaltung des Besitzes die Detention von den Quellen als irrelevant erklärt, indem sie

---

1) Wäre custodia Schutz des Besitzes selbst, wie es der vom Rechte gewährte Interdiktenschutz ist, so müsste es, da es eine iuris (quasi) possessio gibt, auch eine custodia iuris geben, was jedoch nicht der Fall ist. cf. Einleitung § 4.

2) Der hier als der regelmässige Hauptinteressent für den Interessenten überhaupt stehen soll.

3) cf. in Betreff des nun Folgenden überhaupt Baron in den dogmatischen Jahrbüchern von Ihering, Bd. VII, pag. 87 ff.

den Satz aufstellen: solo animo retinetur possessio [1]). Der Besitz eines von dem Immobile Abwesenden dauert fort, trotzdem, dass durch die Entfernung die Detention aufgehört hat und dauert selbst dann noch fort, wenn ein Fremder unterdessen thatsächlichen Besitz, also Detention von dem Grundstück ergriffen hat. Daraus geht aber hervor, dass die Erhaltung der Detention bei Immobilien keine conditio sine qua non für die Erhaltung der possessio ist, dass aber auch andererseits für die Abgewinnung des Besitzes zur Ergreifung der Detention mit dem animus rem sibi habendi noch ein plus hinzukommen muss, nämlich ein recedere ab animo possidendi von Seiten des früheren Besitzers, indem derselbe seinen Besitz gegenüber dem Dejicienten entweder nicht behaupten will oder wegen der Uebermacht des letzteren nicht behaupten kann. Hier wird also possessio solo animo erhalten und es liegt darin eine Ausnahme von dem Satze, dass possessio omittitur, sobald utrumque (nämlich animus oder corpus) in contrarium actum est. [2]) Aus alledem folgt, dass der Besitzer eines fundus i. e. eines Immobile überhaupt kein Interesse an der Erhaltung und mithin an dem Schutze der Detention hat, so weit er nämlich seinen Besitz an der Sache erhalten will. Wenn der Dejicient während der Abwesenheit des Besitzers in das Grundstück eindringt und der zurückkehrende Besitzer versucht ihn wieder

---

1) Und zwar bezieht sich dieser Satz immer nur auf Immobilien, cf. namentlich l. 1 § 25 dig. 43,16. — Windscheid, Pand. I, pag. 479 A. 4 (5. und 6. Auflage) will den Satz auch auf bewegliche Sachen ausdehnen, indem er z. B. die Bemerkung der Quellen, dass an einem vergrabenen Schatz die possessio erhalten bleibe, als eine Anwendung des solo animo retinetur possessio ansieht, in Gleichem die Erhaltung des Besitzes am Sklaven und den Tieren, welche die consuetudo revertendi haben. Nun ist zwar beides richtig, der Besitz wird in diesen Fällen erhalten, aber nirgends finden wir in den Quellen einen Anhaltspunkt dafür, dass wir es hier mit einem Fall der retentio possessionis solo animo zu thun haben. Diese Erscheinung hat vielmehr einen ganz anderen Grund, auf den wir im Text noch in diesem § zu sprechen kommen werden.

2) cf. l. 153 dig. 50,17: Darüber, dass „utrumque“ nicht „beides“, sondern „eines von beiden“ heisst, cf. Windscheid, Pand. I, pag. 478 A. 1. Mir scheint hier vom römischen Recht für die Immobilien eine Ausnahme von dem cit. Satz aus den im Text angeführten Gründen gemacht worden zu sein. Dagegen allerdings Windscheid l. c.

daraus zu vertreiben, so schützt er selbstverständlich damit nur seinen Besitz und nicht seine Detention, da er ja dieselbe schon vom Augenblicke der Entfernung von seinem Grundstücke an gar nicht mehr hatte. [1]) Wird er dagegen in der Detention des Grundstückes befindlich von einem Dritten angegriffen, welcher ihm den Besitz des Immobile zu entreissen beabsichtigt, so schützt er dadurch, dass er sich dagegen wehrt, wiederum nicht die Detention; denn es ist ihm ja nur daran gelegen, den Besitz nicht zu verlieren und, wie wir gesehen haben, ist ja rechtlich der Verlust des Besitzes nicht mit Notwendigkeit mit dem Verlust der Detention verknüpft. Der Besitzer verteidigt vielmehr auch in diesem Fall seinen animus rem sibi habendi, er wehrt sich gegen den Zwang, der vom Dejicienten gegen ihn ausgeübt werden will, nämlich gegen den Zwang, von seinem animus possidendi abzustehen („recedere" cf. oben). Geschützt wird also hier überall der animus possidendi; denn der Besitz kann, um es nochmals zu wiederholen, nicht verloren gehen, so lange der Besitzer nicht entweder freiwillig den animus aufgibt oder gezwungen wird, dies zu thun.

Andererseits gibt es gar wohl auch bei unbeweglichen Sachen eine custodia der Detention, weil ja die letztere überhaupt thatsächliche Voraussetzung für die Verwirklichung der custodia in Bezug auf Erhaltung der Integrität der Sache ist. Daher werden wir es nicht leicht finden, dass der Eigentümer eines Grundstückes sich auf längere Zeit von demselben entfernt, ohne einen Stellvertreter, der während seiner Abwesenheit detinirt, aufzustellen.

Die grosse Bedeutung, welche der Satz, dass bei Immobilien der Besitz solo animo erhalten werde, für unsere Untersuchung im folgenden Abschnitt hat, legt es uns nahe, noch ein wenig dabei zu verweilen und namentlich eine Konsequenz dieses Satzes, welche die römische Jurisprudenz denn auch gezogen hat, zu betrachten. Daraus nämlich, dass der Besitz eines Im-

---

[1]) Von Stellvertretung im corpus natürlich abgesehen.

mobile erst verloren wird durch freiwillige oder erzwungene Aufgabe des animus possidendi von Seiten des früheren Besitzers, geht hervor, dass die römische Jurisprudenz, nachdem sie diesen Satz einmal acceptirt hatte, sofort dazu kommen musste, zu erklären, dass ein furtum, eine heimliche Entziehung des Besitzes bei einem Grundstücke unmöglich sei. Und diese Konsequenz hat sie denn auch in der That gezogen[1].

Worin liegt nun aber der Grund dieser Unterscheidung zwischen Immobilien und Mobilien in Bezug auf die Erhaltung des Besitzes? Wenn wir näher zusehen, so müssen wir in der That bekennen, dass auch hier die Römer mit ihrem praktischen Verstande das Richtige, das Zweckmässige getroffen haben. Bei den Grundstücken tritt der Besitzer nach aussen hin sichtbar als solcher hervor, er hat gewöhnlich seine Wohnung auf demselben und befindet sich mit seiner Familie dort, man sieht ihn und seine Angehörigen ein- und ausgehen, er tritt (und ist sogar gezwungen, dies zu thun) vielfach mit seinen Nachbarn in Verkehr, er bebaut seine Felder, man sieht ihn auf denselben gehen und arbeiten: lauter Momente, die ihn Jedermann als Besitzer erkennen lassen. Hier ist also die possessio, der Besitz, etwas solides, sicheres; hier war daher auch der Satz solo animo retinetur possessio möglich, die Einführung desselben aber empfahl sich aus Nützlichkeitsgründen[2], denn man konnte doch dem Eigentümer nicht zumuten, auch bei jeder noch so kurz dauernden Abwesenheit vom Grundstücke immer einen Stellvertreter, der für ihn das Grundstück detinirt hätte, zu ernennen[3]. Heutzutage wäre der Grund für den Satz der solo animo retentio possessionis durch Einführung der öffentlichen Bücher

---

1) l. 25 pr. dig. 47,2.

2) cf. „videtur utilius esse“ Pomp. l. 25 § 2 in fine 41,2.

3) Der Satz ist daher selbstverständlich, weil sich das Bedürfnis nach demselben bald herausstellen musste, auch sehr früh aufgestellt worden, wenn auch für die älteste Zeit ein Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien in Bezug auf Besitzerhaltung nicht bestanden haben mag. cf. Pernice Labeo, II, 343. Nach van de Waters Konjektur zu Pomp. l. 25 § 2 dig. 41,2 wäre Q. Mucius der Erfinder. cf. Pernice a. a. O. A. 17.

und die Forderung eines möglichst beweglichen, leichten Verkehrs nur vermehrt worden. — Für die Mobilien dagegen liegt die Sache ganz anders. Wer weiss, was der Andere alles für Mobilien im Besitze hat? weiss sie ja doch selbst der Besitzer oft nicht alle, weil ihre Zahl schon für jeden Einzelnen so gross und sie selbst oft so geringfügig sind. Hier werden denn auch die an der Sache vorgenommenen auf custodia gerichteten Handlungen geradezu zu solchen, welche den Besitz der Sache nach aussen hin dokumentiren. Schon bei der Erlangung des Besitzes zeigt sich dies deutlich. Die Handlungen, durch welche wir Besitz ergreifen von einer beweglichen Sache, sind zugleich Bethätigungen der custodia. Wir nehmen die Sache mit der Hand und halten sie fest und tragen sie in unsere Behausung. Das erste also, was wir thun, wenn wir z. B. die Sache tradirt bekommen haben, ist, dass wir sie in unser Haus schaffen, in unsere Wohnung, in den Bereich unserer Machtsphäre, in der wir allein und ausschliesslich herrschen. Hier haben wir sie sub custodia nostra, hier haben wir sie immer unter unseren Augen, hier ist sie den Blicken fremder Personen entzogen, die sich versucht fühlen könnten, uns den Besitz zu entziehen: kurz hier ist sie vorläufig in Sicherheit gebracht. Alle diese Handlungen erscheinen so zugleich als Bethätigungen der custodia, insofern sie alle darauf gerichtet sind, einerseits nach aussen hin den Besitzer der Sache erkennen zu lassen, andererseits aber auch darauf, Dritte von dem Besitze auszuschliessen. Hier zeigt sich also der Besitz viel mehr, als bei den Immobilien, als etwas Thatsächliches und ist daher auch auf das Engste mit der Detention verbunden.

Nachdem wir nun aber die bewegliche Sache auf das von uns besessene Grundstück gebracht haben, und nun die weitere Besitz*erhaltung* in Frage kommt, wird die rein körperliche possessio, d. h. die fortwährende Detention zur Unmöglichkeit; wir können uns nicht immer mit einer Sache beschäftigen, wir können nicht immer an sie denken, geschweige denn auch fortwährend *thatsächlich* unseren Besitzeswillen bezüglich derselben kund thun. So sah sich denn die Jurisprudenz, um

den Besitz an Mobilien nicht als etwas gar prekäres erscheinen zu lassen, genötigt, auch hier etwas der possessio solo animo Analoges, allerdings nicht so weitgehendes zu statuiren und sie that dies, indem sie zunächst, um mit dem von Baron[1]) in die Litteratur eingeführten Ausdruck zu sprechen, den Begriff der sogenannten „objektiven Custodia“ aufstellte. Darunter versteht man nämlich das Verwahrtsein einer beweglichen Sache auf einem in unserem Besitze befindlichen Grundstücke. So lange sich die Sache in diesem Umkreise befindet, ist sie unserer Herrschaft unterworfen. Erst, wenn die Sache den Bereich des von uns besessenen Grundstückes verlässt, erst dann muss an die Stelle der objektiven Custodia wieder die persönliche, die subjektive treten, sonst geht der Besitz mit dem Austritt der Sache aus unserem Grundstücke verloren. Diese subjektive Custodia kann jedoch auch dann, wenn die Sache in objektiver Custodia sich befindet, noch zur letzteren hinzukommen, und dies ist auch oft der Fall; notwendig zur Besitzerhaltung wird sie aber erst, wenn die objektive Custodia fehlt. Diese objektive Custodia ist gewissermassen nur eine Präsumtion: das Grundstück gewährt den darauf befindlichen Sachen einen präsumtiven Besitzesschutz (custodia) und insofern erscheint das Immobile als eine gegenständliche Einrichtung, wodurch sich der Besitzer die Last der custodia erleichtert (cf. oben § 2). Sobald aber eine fremde Detention widerstreitet, so ist, da jetzt die Präsumtion des Besitzesschutzes nicht mehr zutrifft, der Besitz auch dann verloren, wenn die objektive Custodia noch vorhanden ist. So ist der Diebstahl vollendet, auch wenn der Dieb das Grundstück des Besitzers mit der gestohlenen Sache noch nicht verlassen hat. Dagegen wird der Besitz an der auf dem fundus des Besitzers befindlichen Sache nicht verloren, wenn derselbe augenblicklich an die Sache gar nicht denkt oder sie sogar nicht zu finden weiss, was Nerva mit den Worten begründet: quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens

---

1) cf. Baron, a. a. O. pag. 92 ff. und die dort citirten Stellen: l 3 § 3; l. 44 pr.; l. 3 § 13 dig. 41,2. cf. Pernice II, 341.

inquisitio[1]). Die Sache gilt für den Besitzer des Grundstückes noch als präsent, so lange sie aus dem Bereich desselben nicht getreten ist. Es erscheint also hier der fundus zwar nicht als Stellvertreter in der Detention (denn diese ist eigentlich als thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache schon dann verloren, wenn die diligens inquisitio cessirt), aber als Stellvertreter in der custodia; die Sache ist sub custodia nostra, so lange sie sich auf unserem Grundstücke befindet und keine fremde Detention widerstreitet. Man konnte sich aber eine Sache, wie das Grundstück, das des animus und der ratio entbehrte, nicht als Detentor einer res mobilis denken, da ja, wenn überhaupt von keinem animus, auch nicht vom animus detinendi die Rede sein kann; wohl aber sah man, dass die res mobilis an und für sich schon durch die blosse Thatsache, dass sie innerhalb des Bereiches eines Grundstückes sich befindet, Schutz geniesst und zwar so sehr, dass, insolange nicht besondere Umstände hervortreten, ein spezieller Schutz von Seiten des Besitzers entbehrlich erscheint[2]). Dadurch sind die Immobilien zu einer ganz besonderen Bedeutung für den Schutz der Mobilien gelangt[3]). — So steht die objektive Custodia denn in der Mitte zwischen der solo animo possessio und der detentio; sie unterscheidet sich von der letzteren, dass sie nicht schon dadurch aufgehoben wird, dass der Besitzer sich augenblicklich von der Sache entfernt, sondern erst dadurch, dass ein Anderer

---

1) l. 3 § 13 dig. 41,2.

2) Wenn wir oben auseinandersetzten, dass die Detention die thatsächliche Voraussetzung für die custodia bildet, und jetzt einen Fall haben, wo zwar nicht mehr Detention aber doch noch custodia vorhanden ist, so ist dieser Widerspruch nur scheinbar. Denn hier ist auch die custodia keine lebendige Wechselwirkung zwischen Person und Sache, sondern vielmehr ein latentes (cf. oben § 2 ab init.) Custodiaverhältnis. Sobald daher eine fremde störende Macht auftritt, zeigt sich die hier vom Rechte in Bezug auf den Besitz präsumirte custodia eben als keine custodia, da ja derjenige, welchem die dil. inquisitio der Sache fehlt, nicht im Stande ist, ihr nötigenfalls seinen Schutz angedeihen zu lassen. Das Recht fingirt hier die Erhaltung der Detention, weil dieselbe bei beweglichen Sachen für die Erhaltung des Besitzes unbedingt nötig ist.

3) Aber auch Mobilien (z. B. Schränke etc.) können als gegenständliche Einrichtungen wieder anderen Mobilien Schutz gewähren.

die Detention der Sache ergreift, aber eben andrerseits schon dadurch, im Gegensatz zur solo animo possessio.

Mangelt jedoch bei einer beweglichen Sache die objektive Custodia, d. h. befindet sie sich nicht auf dem Grundstück des Besitzers, so wird für die Erhaltung des Besitzes die subjektive Custodia unerlässlich. Diese ist ein engeres Verhältnis des Besitzers selbst zur Sache, aber auch sie ist nicht identisch mit Detention, sie ist auch blos custodia [1]) d. h. solange vorhanden wie Nerva sagt: quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Fassen wir hier das „si velimus" subjektiv d. h. mit Bezug auf das innere Verhältnis des Besitzers zur Sache, so wäre die custodia nichts anderes als die Detention; denn auch die letztere ist materiell so lange vorhanden, als es dem Besitzer subjektiv möglich ist, dieselbe jeden Augenblick wieder zu erlangen. Sobald wir aber das „si velimus" (und das ist selbstverständlich, wo es Nerva auf eine Definition der custodia im Gegensatze zur Detention ankommt, der von dem Juristen beabsichtigte Sinn dieser Worte) objektiv nehmen, d. h. mit Bezug auf das Verhältnis nach aussen, so sagt die Stelle, dass custodia dann nicht mehr vorhanden ist, wenn unserem nancisci velle ein fremdes velle verneinend gegenüber tritt, oder wenn überhaupt von einem solchen velle unsererseits nicht mehr die Rede sein kann, weil die Sache unserem Willensbereich durch irgend einen anderen Umstand entrückt ist. Hier im Verhältnis nach aussen fällt daher auch der Unterschied zwischen subjektiver und objektiver custodia fort. Dieser Unterschied ist nur im Verhältnis des Besitzers zur Sache selbst begründet; denn für den Schutz der Sache als solchen ist es ja vollständig gleichgiltig, durch welches innerliche Verhältnis sich derselbe bethätigt, ob er in subjektiver Weise zur Erscheinung kommt, so dass der Besitzer unmittelbar denselben gewährt, oder in objektiver Weise, so dass zunächst den Schutz ein Objekt (d. h. eine Sache, die

---

[1]) Gerade so gut wie die objektive; denn auch von ihr spricht Nerva loc. cit. in den zwei Beispielen, welche er anführt.

selbst Gegenstand des Besitzes ist) leistet, dessen sich der Besitzer als Mittel bedient. Die custodia ist also in ihrem Verhältnisse nach aussen eine einheitliche und so definiren wir denn die Besitzescustodia im Einklang mit dem oben citirten Juristen Nerva als die objektive Möglichkeit für den Besitzer, die Detention seiner (beweglichen) Sache zu erlangen. Solange diese Möglichkeit besteht, hat er die Sache sub custodia und damit auch in seinem Besitze.

Die Richtigkeit des hier über die Besitzescustodia Vorgetragenen soll nun zum Schlusse noch aus einigen Quellenstellen erwiesen werden. Von l. 3 § 13 dig. 41, 2 haben wir, da wir sie überhaupt unserer Untersuchung zu Grunde gelegt haben, schon wiederholt gesprochen; hier soll nur mehr der zwei Beispiele Erwähnung geschehen, welche der Jurist für den Verlust des Besitzes an beweglichen Sachen anführt, und welche uns ganz evident den Unterschied der custodia einerseits von der solo animo possessio und andererseits von der detentio selbst klar legen. Nerva sagt nämlich:

> nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Also der Besitz wird verloren, wenn das Vieh sich verirrt hat und nicht mehr in den Stall zurückfindet. Hat es sich dagegen nicht verirrt, so bleibt der Besitz erhalten, weil es den animus revertendi hat und so lange das Tier zufolge desselben regelmässig von der Weide nach Hause zurückkehrt, hat der Besitzer die Möglichkeit, die Detention desselben wieder zu erlangen, er hat custodia und mithin auch Besitz. Ebenso ist es mit der Vase, welche an einen Ort fällt, wo sie nicht mehr gefunden oder geholt werden kann; nicht dagegen ist auch hier der Besitz verloren, wenn nur eine zeitweise Unmöglichkeit eintritt (welche Unmöglichkeit aber nur im Verhältnis des Besitzers zur Sache selbst vorhanden sein darf), die Detention der Sache wieder zu ergreifen, so z. B.

wenn die Vase ins Gras fällt und von demselben verdeckt, nicht sogleich gefunden werden kann (Fall der subjektiven custodia) oder wenn sie in dem Hause des Besitzers sich befindet, von demselben aber nicht augenblicklich aufgefunden werden kann (Fall der objektiven custodia); hier fehlt blos überall die diligens inquisitio. Wohl ist hier durch den Begriff der custodia auch für die beweglichen Sachen eine Erleichterung in Bezug auf die Erhaltung des Besitzes geschaffen worden, aber durchaus nicht eine so weitgehende [1]), was der Jurist ausdrücklich betont, indem er sagt, dass bei den beweglichen Sachen (im Gegensatze zu den Immobilien) der Besitz schon verloren gehe durch die bezeichneten Vorgänge licet a nullo possideatur [2]), was auch Papinian in l. 47 dig. h. t. betont (verbis: quamvis eas alius non invaserit). Als custodia, die begrifflich Schutz von etwas Bestehendem gegen eine nachteilige Veränderung ist, kann auch die Besitzescustodia nur ihre Wirksamkeit erweisen, wenn es sich handelt um Erhaltung, nicht aber wenn es sich handelt um Erlangung des Besitzes, weshalb ein Versuch der Einführung der gleichen Laxität in Bezug auf die Erlangung des Besitzes mit Recht siegreich von Sabinus zurückgewiesen wurde. [3])

Auf eine res mobilis oder vielmehr res se movens jedoch

---

1) Wie Windscheid, Pand. I, pag. 479 A. 4 meint, wenn er glaubt, dass die Quellen in diesen und ähnlichen Fällen gleich wie bei den unbeweglichen Sachen von animo retinetur possessio gesprochen haben. Dann wäre freilich seine Polemik gegen diese Auffassung der Quellen nur zu begründet. So aber wird wohl Windscheid so gut recht behalten, als nicht minder die Quellen mit ihrer Auffassung, wenn nur das Wesen der Besitzescustodia richtig gefasst wird. cf. nächste Note.

2) Im Verhältnisse nach innen ist also die custodia eine Erleichterung für die Erhaltung des Besitzes, etwas ähnliches, wie die retentio poss. solo animo, im Verhältnisse nach aussen dagegen ist sie schlechthin die Möglichkeit für den Besitzer, die Detention der Sache zu ergreifen, es darf ihn namentlich keine fremde Detention ausschliessen und insofern ist sie hier potenziell der Detention gleich; und so dürften denn beide von Windscheid, Pand. I, pag. 479 angeführten Auffassungen sich als richtig vereinigen lassen, indem aber die erste das innere Verhältnis der Sache zum Besitzer, die zweite das Verhältniss des Besitzers zur Sache nach aussen im Auge hat.

3) cf. l. 3 § 3 in fine dig. 41,2.

hat die Theorie von der Besitzescustodia keine Anwendung gefunden, nämlich auf den Sklaven und zwar ist es seine Qualität als eines mit anima und ratio begabten Wesens, die ihm eine Ausnahmsstellung nicht blos hier in Bezug auf die Besitzescustodia, sondern in Bezug auf die custodia überhaupt, wie wir unten noch sehen werden, gesichert hat. Während nun l. 3 § 13 cit. nur die Thatsache der Ausnahme des Sklaven („excepto homine") hervorhebt, finden wir eine Begründung derselben in l. 47 dig. 41, 2 von Papinian. Nachdem der Jurist in Bezug auf die res mobiles dieselbe Lehre vorgetragen, wie Paulus in l. 3 § 13 cit., fährt er fort, indem er ebenfalls auf Nerva als Autor dieser Lehre Bezug nimmt:

> Idem scribet aliam causam esse hominis commodati omissa custodia; nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cuius corpore ceteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.

In dieser äusserst interessanten Stelle wird also die Ausnahmstellung des Sklaven darauf begründet, dass er mit anima und ratio begabt ist, zufolge welcher Eigenschaft er vom Recht als befähigt anerkannt wurde, andere Sachen an Stelle des Besitzers für denselben zu detiniren, so dass er, seinen animus revertendi vorausgesetzt, auch als Stellvertreter in der Detention seiner selbst für den Besitzer angesehen werden kann. Dass diese Konstruktion bei den anderen Sachen nicht möglich wai, darauf haben wir schon oben bei Betrachtung der objektiven Custodia hingewiesen, denn nur, wo animus überhaupt vorhanden ist, ist auch der animus detinendi möglich. Nicht der animus revertendi ist der Grund, warum der Sklave auch dann noch besessen wird, wenn die custodia, die hier irrelevant ist, ausser Acht gelassen wird; denn sonst müsste das pecus quod revertendi animum habet eben so behandelt werden, was

aber nicht der Fall ist.[1]) Allerdings geht auch hier der Besitz nicht verloren, so lange das Tier den animus revertendi hat, da es hierdurch unserer custodia unterworfen bleibt.[2]) Der Sklave dagegen detinirt sich selbst für seinen Herrn, so lange er eben den Willen hat, ihm zu gehören und auf diesen seinen Willen kann aus dem propositum redeundi geschlossen werden[3]).

Im Vorausgehenden haben wir gesehen, dass für die Erhaltung des Besitzes an Mobilien im Gegensatze zu Immobilien die Erhaltung der Detention von grösster Wichtigkeit ist; die Detention muss gewahrt werden, wenn nicht der Besitz verloren gehen soll, nur gilt sie in Bezug auf die Besitzerhaltung so lange als gewahrt, als der Besitzer in der Lage ist, wenn er sie wirklich augenblicklich nicht hat, sie doch sofort wieder zu erlangen, mit anderen Worten, so lange er eben noch die custodia an der betreffenden Sache hat.

Gegenüber dem in § 2 in fine angegebenen Inhalt der custodia hat sich uns demnach folgender genauere Inhalt derselben ergeben. Die custodia ist:

1. Schutz der Substanz der Sache vor Untergang, Beschädigung und Verminderung;
2. Schutz der Dentention bei allen Sachen, insoferne die letztere Voraussetzung des Schutzes der Substanz ist, nur bei beweglichen Sachen aber als Schutz des Besitzes.

Dagegen wird die Verteidigung gegen den Dejicienten bei Immobilien von den Quellen nicht unter den Begriff der custodia gebracht, denn der Besitzer verteidigt hier nicht die Sache, sondern vielmehr seinen animus possidendi; hier wird also ein Abstraktum gewahrt und daher ist dieser Schutz des Besitzes keine custodia, die es immer mit einem corpus zu thun

---

1) cf. l. 47 cit. in fine.

2) cf. l. 3 §§ 13, 15 dig. 41,2.

3) Auf die auf einer ganz anderen Basis beruhende Theorie, dass selbst dann, wenn das propositum redeundi fehlt, der Besitz am Sklaven noch erhalten bleibe, werden wir unten zu sprechen kommen.

haben muss; anders bei den Mobilien, wo der Schutz des Besitzes Schutz der Detention i. e. Schutz des corpus am Besitze ist. Wir finden denn auch nirgends, wo von Besitzverlust an Immobilien in den Quellen die Rede ist, die custodia erwähnt.

§ 4.

Umfang der custodia.

Nachdem wir uns mit dem Inhalte der custodia und dem damit zusammenhängenden Begriffe der Besitzescustodia beschäftigt haben, kommen wir jetzt zu der Frage, was denn eigentlich der custodia alles für Unfälle und Gefahren gegenüberstehen, denen sie gilt.

Diese Unfälle sind nun im Einzelnen, je nachdem sie die Substanz der Sache oder den Besitz derselben bedrohen, sehr verschieden; alle aber haben sie ein wichtiges Merkmal gemeinsam, nämlich dass sie von aussen an die Sache herantreten. Es liegt im Begriffe des Schutzes[1]), dass die Unfälle, gegen die er geleistet wird, ausserhalb des Interessenkreises, welche den Wächter und die von ihm bewachte Sache umfasst, ihren Ursprung haben. Nicht hierher gehören also:

1. alle die Unfälle, welche ihren Ausgangspunkt in der Person des Wächters haben. So lässt Marcell in l. 41 dig. 19, 2 den custos für damnum iniuria datum haften: sive ipse custos damnum dedit sive custodiri potuit: also fällt das dam-

---

1) Also gilt das hier über den Umfang der custodia Gesagte, nicht von der beaufsichtigenden custodia, welche aber wegen ihrer untergeordneten Bedeutung (da ja unser Vermögen weitaus zum grössten Theile aus leblosen Sachen besteht) hier füglich ausser Betracht bleiben kann. Die beaufsichtigende custodia geht nicht gegen Unfälle, welche ausserhalb des Interessenkreises ihren Ursprung haben, sondern vielmehr direkt gegen die zu behütende Sache selbst und die von ihrer Seite dem Interesse des custos drohenden Unfälle. So sehen wir, dass die beaufsichtigende und schützende custodia ihrem Inhalte nach sich decken, in ihrem Umfange aber verschieden sind; in dem begrifflichen Umfange liegt demnach der eigentliche Unterschied zwischen den beiden Arten der custodia.

num, welches der Wächter (d. h. der Interessent oder auch sein Transmissar, dessen Handlungen ja als seine eigenen betrachtet werden[1]), der zu behütenden Sache zufügt, nicht unter den Begriff der omissio custodiae. Darunter fällt aber auch nicht

2. der innere Verderb der Sache, sofern er nicht durch äussere Einflüsse, welche abgewehrt werden können, bedingt ist. Liess der Herr z. B. einen Arzt für den kranken Sklaven holen, so war das durchaus keine Bethätigung der custodia. Alle Handlungen, welche zwar die Erhaltung der Sache bezwecken, aber nicht auf die Abwehr äusserer Unfälle gerichtet sind, fallen daher nicht unter den Begriff der custodia, so namentlich nicht die Instandhaltung der Sache durch den zu ihrer Benutzung notwendigen Aufwand. Daraus sieht man, dass die cura rei ein viel umfangreicherer Begriff ist, als die custodia rei, ja dass die letztere nur ein Theil von (omnis) cura rei ist; denn die cura rei umfasst jegliche Sorgfalt, die auf die Sache verwendet wird.[2])

Diese äusseren Unfälle, welche eine Sache treffen können, und denen custodia gilt, drohen nun von zwei Seiten her. Es sind nämlich entweder Naturereignisse (dieses Wort im weitesten Sinn genommen als Ereignisse, die in der den Menschen umgebenden Natur ihren Ursprung haben, so dass auch die gewöhnlichen Witterungsverhältnisse sowie die Ueberfälle von Raubtieren etc. einbegriffen sind) oder die facta von dritten Personen (die des Wächters und seiner Gehilfen oder Transmissare ausgenommen), welche die zu schützende Sache gefährden können und gegen welche daher custodia stattfindet.

---

[1]) Dass die Handlungen des Gehilfen oder Transmissar in dieser Beziehung immer als eigene Handlungen des Meisters oder Transmittenten angesehen worden, geht vor Allem aus l. 25 § 7 dig. 19,2 hervor.

[2]) cf. die cura rei in l. 25 § 3 dig. 19,2, wo das curam agere auf incorruptum reddere bezogen wird, das begrifflich viel umfassender ist, als die custodia, da es vor Allem auch die Bewahrung vor Beschädigung durch eigene Handlungen in sich begreift, von denen auch besonders gesprochen wird, indem Gaius auf die Deterioration des fundus durch eigene zur unrechten Zeit vorgenommene Handlungen des Pächters hinweist.

Diese beiden Arten von Unfällen, welchen custodia gegenüber steht, unterscheiden sich praktisch dadurch, dass gegen die durch Naturereignisse eintretenden custodia das einzige Mittel ist, um unser Vermögen vor einem durch sie drohenden Schaden zu bewahren, während dies bezüglich der zweiten Art von Unfällen nicht der Fall ist. Wenn z. B. durch einen Sturm eine Sache ruinirt wird, entweder weil die custodia gefehlt hat oder demselben gegenüber machtlos war, so ist hier sofort gewiss, dass das Vermögen, von dem die betreffende Sache ein Bestandteil gewesen war, ein so oder so grosser Schaden getroffen hat; eine Reparatur dieses Schadens ist (von Versicherung gegen denselben natürlich abgesehen) nicht möglich. Anders steht es dagegen, wenn eine Person den Schaden verursacht hat. Da nämlich jede Person für ihre facta haftbar ist, so bleibt die Möglichkeit, dass der Schaden durch die betreffende Person dem Geschädigten ersetzt werde und dass daher den letzteren im Grunde genommen gar kein Schaden getroffen hat; denn sofort mit dem Eintritte des Unfalls wächst ein Aequivalent für den eingetretenen Schaden dem geschädigten Vermögen in Gestalt einer actio zu, welche den Besitzer desselben wenigstens in die rechtliche Möglichkeit versetzt, einen effektiven Schaden von seinem Vermögen abzuwenden. Insofern erscheint der Klagenschutz als die Fortsetzung der custodia, als Schutz gegen damna praeterita, während die custodia begrifflich Schutz gegen damna futura ist [1]).

§ 5.

Bethätigung der custodia.

Wie wird nun die custodia als Schutz von Vermögensobjekten gegen Ereignisse, welche von aussen an dieselben herantreten, bethätigt? Die Antwort auf die vorliegende Frage

---

1) Allerdings kann auch bei Unfällen, welche durch Naturereignisse verursacht worden, ausnahmsweise der Klagenschutz eintreten, so wenn der Schaden durch ein im Besitze befindliches Tier hervorgerufen wird, für welches der Besitzer haften muss. cfr. tit. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur dig. 9,1.

ist die, dass sie zunächst bestrebt sein wird, den Eintritt derartiger Ereignisse überhaupt zu verhindern, oder wo dies nicht möglich, doch die bedrohten Vermögensobjekte dem Einflusse der schädlichen Folgen derselben zu entziehen. Die soeben gemachte Unterscheidung in der Bethätigung der custodia deckt sich im Grossen und Ganzen mit der Unterscheidung zwischen der custodia, welche gegen Naturereignisse und der, welche gegen die facta von Personen gerichtet ist. Es steht nämlich regelmässig nicht in unserer Macht, den Eintritt von Naturereignissen abzuwenden und bleibt uns also nichts anderes übrig, als unsere Sachen vor den schädlichen Folgen derselben zu beschützen. Dagegen ist die custodia gegenüber den factis von Dritten weithin Verhinderung dieser selbst, indem ja eben zumeist das facere direkt auf das damnum gerichtet ist. Beispiele für beide Bethätigungsweisen der custodia bietet das Leben in ungezählter Menge. So ist das Setzen von Blitzableitern entschieden eine Custodiahandlung [1]. Zweck derselben ist aber nicht, den Blitzschlag überhaupt zu verhindern, was ja nicht möglich ist, sondern es soll vielmehr der Blitzschlag für das betreffende zu schützende Objekt unschädlich gemacht werden. Anders dagegen z. B. beim Diebstahl. Gelingt hier die custodia, dann ist überhaupt nichts eingetreten, während dies vom vorher angezogenen Falle nicht gesagt werden kann.

Da nun die custodia Sicherung vor Vermögensverlusten bezweckt, so genügt es zu ihrer Bethätigung nicht, dass jemand in einem konkreten Falle eine gegenwärtig heranziehende Gefahr unmittelbar vor ihrem Eintritt abwendet oder sie doch in ihren nachteiligen Folgen für das zu schützende Objekt hindert. Wir haben vielmehr schon oben darauf hingewiesen, wo wir die Detention als Voraussetzung der custodia

---

[1] In dieser Hinsicht hat sich für uns gegenüber den Römern der Kreis der Unfälle, denen custodia gegenübersteht, erweitert, und zwar seit der Erfindung der Blitzableiter. Den römischen Juristen ist incendium, welches durch Blitzschlag hervorgerufen wird, wie Brinz Pand. § 268 A. 4 richtig bemerkt, ein Unfall, dem gegenüber man schlechterdings nicht von custodia sprechen konnte.

betrachteten, dass die letztere in fortwährender Bezugsetzung aller Vorgänge der Aussenwelt zu der res custodienda besteht. Die custodia ist demnach nicht blos ein Handeln zu Gunsten der Sache im Augenblicke der Gefahr, sondern eine beständige aufmerksame Beobachtung derselben mit Bezug auf Gefahren, die vielleicht jetzt noch gar nicht vorhanden sind, aber plötzlich an sie herantreten können. Ja Alfenus sieht sogar gerade in dieser beständigen Fürsorge das charakteristische der custodia, wenn er in l. 29 dig. 19, 2 die lex locationis dahin auslegt, dass mit dem „ne sinito" derselben nicht nur die Verpflichtung auferlegt sei, ut prohiberet si quem casu vidisset silvam caedere, sondern dass darin auch (und vor allem) enthalten sei, ut redemptor curaret et daret operam ne quis caederet, was er weiter oben so gibt: debere ita silvam custodire, ne quis id facere possit, während er die blosse Abwehr der gegenwärtigen Gefahr beide Male mit „prohibere" bezeichnet. Es ist hier von dem Juristen der richtige Gedanke ausgesprochen, dass der Custodient, da das Ideal der custodia völlige Unmöglichmachung eines Unfalles ist, sich Mühe geben solle, diesem Ideale so viel als möglich nahezukommen. Wartet derselbe aber, bis die Gefahr bereits da ist, und lässt er es auf einen glücklichen Zufall ankommen, dass er sie noch zur rechten Zeit bemerkt, so wird seine custodia meistens in Wahrheit keine custodia sein, d. h. sie wird eben nicht als das sich erweisen, was sie sein soll, nämlich Sicherung der Sache und damit Wahrung des mit derselben verknüpften Vermögensinteresses.

Die custodia wird also von den römischen Juristen, wie schon oben erwähnt, als ein nachhaltiger dauernder Schutz, der einer Sache gewährt wird, aufgefasst, so dass die Hauptaufgabe des custos darin besteht, schon im voraus, ohne dass eine gegenwärtige Gefahr vorhanden ist, der Möglichkeit des Eintritts einer solchen vorzubauen und diese Möglichkeit nach Kräften bis zur Unmöglichkeit herabzudrücken. Hier beschäftigt sich der Wächter nicht mit einer speziellen Gefahr, sondern er wendet sich gegen die ganze Kategorie gleichar-

tiger Unfälle, für welche die betreffende Custodiahandlung Abhilfe schafft. Wenn ich z. B. einen Blitzableiter auf mein Haus setze, so armire ich dadurch dasselbe gegen alle möglicherweise eintretenden Blitzschläge im voraus; ich warte nicht erst ab, bis wirklich ein Blitzschlag erfolgt und suche dann erst mein Haus vor demselben zu beschützen, was ja in diesem Falle geradezu unmöglich wäre. Wollte sich hier der Wächter auf das letztere beschränken, so erwiese sich seine custodia als keine custodia, da diese custodia gegen die Gewalt des Blitzes machtlos ist. Das will denn auch die l. 31 pr. dig. 19,1 sagen, wenn es dort heisst: custodia adversus vim parum proficit. Die Stelle handelt davon, dass einem eine Sache mit Gewalt weggenommen worden ist. Nun ist es klar, dass im Augenblicke des Eintritts der vis custodia nichts mehr helfen kann, sobald sich die fremde vis im Vergleich zu der des Beschützers als eine grössere darstellt. Falsch aber wäre es, den obigen Satz so verstehen zu wollen, als ob es gegen einen Unfall, der sich als vis charakterisirt, custodia überhaupt nicht gebe; denn in dem Falle, welchen die l. 31 cit. behandelt, hätte der Wächter vielleicht die Sache im voraus mit einem Schutze umgeben können, so dass sie für die vis überhaupt nicht erreichbar gewesen wäre [1]). Ferner ist z. B. ein Brand gar wohl durch Achtsamkeit (custodia) zu verhindern, ja es kann unter Umständen sogar Fälle geben, wo man ohne nähere Untersuchung sagen muss, dass ein Brand ohne Vernachlässigung der nötigen Sorgfalt nicht hätte entstehen können [2]) und doch ist andererseits dem einmal entfesselten Elemente gegenüber der Mensch vielfach machtlos: der vis praesens gegenüber stellt sich hier custodia als unzureichend dar: custodia adversus vim parum proficit [3]). Dem Gesagten zufolge cha-

---

1) Wenn hier von einer „grösseren vis" gesprochen wird, so handelt es sich nicht um den technischen Begriff der vis maior, welcher sich in den Quellen findet.

2) cf. l. 12 (11) dig. 18,6: „cum incendium sine culpa fieri non possit".

3) cf. Schiller's Lied von der Glocke: „Hoffnungslos weicht der Mensch der Götterstärke".

rakterisirt sich demnach die custodia den meisten Unfällen gegenüber nicht so fast als ein positiver Widerstand, der sich gegen ein gegenwärtiges Unheil wendet, sondern vielmehr als eine Verhütung, als eine Vorsorge, welche schon da in Thätigkeit tritt, wo im Augenblicke noch keine Gefahr besteht. Gerade durch diese Vorsorge versetzt sich der Mensch in die Möglichkeit, den mannigfaltigen in seinem Besitze befindlichen Sachen seinen Schutz angedeihen zu lassen; denn die meisten Gefahren bedrohen ja nicht eine einzelne Sache allein, sondern sie bedrohen in gleicher Weise eine ganze Menge von Sachen, welche sich in unserem Besitze befinden und so wäre es unmöglich, beim Eintritte der Gefahr, alle zu gleicher Zeit zu schützen. So aber versieht der Mensch im Voraus jede Sache, die sich in seinem Besitze befindet, je nachdem sie mehr oder minder wertvoll ist, mit einer grösseren oder geringeren Wehr,[1]) gegen die an sie herantretenden Unfälle und zwar ein für allemal; kommt dann der Augenblick der Gefahr, so kann er sogar weit entfernt sein von seinen Sachen, und von dem wirklichen Eintritte der ersteren gar nichts ahnen und doch sind seine Sachen geschützt. Man denke z. B. an den Diebstahl. Nachts, wenn der Dieb kommt, liegt der Herr vielleicht in tiefem Schlummer und ahnt nichts von der Gefahr, die seine Sachen bedroht; aber bevor er sich zur Ruhe begeben hat, hat er seine custodia ausgeübt, er hat sein Haus fest versperrt, hat in demselben seine Wohnung wohl verwahrt und in dieser wieder sein Geld und seine besonderen Kostbarkeiten in einen einbruchsicheren Schrank verschlossen; es sind dies lauter Bethätigungen seiner Vorsorge, wodurch denn auch sein Vermögen vor Schaden bewahrt bleibt, wenn es ihm im Momente der Gefahr aus irgend welchem Umstande unmöglich ist, persönlich als Beschützer desselben aufzutreten.

Zwei Umstände sind es, welche den Menschen in seiner

---

[1]) Als solche charakterisiren sich namentlich alle gegenständlichen Schutzeinrichtungen, die der Mensch im Laufe der Zeit erfunden hat; diese Einrichtungen schaffen für die betreffende Sache einen Zustand des Geschütztseins, einen Zustand der Sicherheit.

Bethätigung der custodia unterstützen: nämlich einmal der Umstand, dass die meisten Unfälle nicht eine einzelne, in seinem Besitze befindliche Sache bedrohen, sondern dass, wie erwähnt, in der Regel eine ganze Reihe von Sachen in unserem Besitze sich befindet, die in Bezug auf eine spezielle Gefahr in gleicher Weise von derselben zu fürchten haben. So hat es der Dieb zumeist nicht auf eine einzelne Sache, welche sich in unserem Hause befindet, abgesehen, sondern er nimmt eben, was er am leichtesten bekommt, freilich vor allem das Wertvollere. Dadurch, dass wir abends unsere Wohnung fest versperren, schützen wir daher sämmtliche in derselben befindlichen Sachen vor Diebstahl: durch eine einzige Custodiahandlung ist unser ganzes Vermögen, soweit es in unserer Wohnung verwahrt ist, vor Schaden gesichert. — Der andere Umstand, der die custodia wesentlich erleichtert, ist der, dass gewisse Schutzmittel Sicherheit gewähren vor einer ganzen Reihe von Unfällen, nämlich vor all den Unfällen, welche sich in Bezug auf das betreffende Schutzmittel gleich verhalten. So schützt man dadurch, dass man seine Wohnung versperrt, nicht blos sämmtliche in der Wohnung befindlichen Gegenstände vor Diebstahl, sondern man schützt sie auch vor einer Menge von anderen Gefahren, denen dieselben sonst noch unterworfen sind.

Die Unfälle nun, welche eine in unserem Besitze befindliche Sache bedrohen, sind, wie im einzelnen sehr von einander verschieden, so auch im Hinblick auf ihre Abwehr: der Eintritt der einen ist leichter zu verhindern, der Eintritt anderer hingegen nur unter Anwendung besonderer Schutzmassregeln. Da aber die custodia Wahrung eines mit einer Sache verbundenen Vermögensinteresses ist, so kann von ihr nicht mehr gesprochen werden, sobald zur Abwehr von gewissen Unfällen ein so grosser Aufwand nötig wäre, dass hierdurch der Nutzen der Sache selbst für ihren Besitzer gänzlich aufgewogen würde; denn so bald der Aufwand für custodia grösser wäre, als das commodum rei, cessirt ja das Interesse an der Erhaltung der Sache. Custodia und Interesse an der Sache stehen naturgemäss in Beziehung zu einander: je grösser das Interesse ist,

das jemand an einer Sache hat, je grösser also, da ja das Interesse zumeist im Wert der Sache begründet ist, der Wert derselben sich beziffert, desto intensiver wird auch die custodia sein können, die ins Werk gesetzt wird, um etwaige Unfälle von der betreffenden Sache fernzuhalten. Das richtige Mass von custodia jedem einzelnen Vermögensobjekte, das er in seinem Besitze hat, angedeihen zu lassen und zwar je nach seinem Werte, das ist Sache eines bonus, eines diligens paterfamilias: jedes Missverhältnis, das zwischen custodia und Interesse in einem einzelnen Falle hervortritt, lässt den betreffenden Custodienten für diesen Fall entweder als einen parum diligens paterfamilias oder als einen Narren erscheinen. Die custodia kann sonach für eine geringere Sache noch immer diligentissima sein, während dasselbe Mass von custodia für eine wertvollere als ungenügend, als eines diligens paterfamilias unwürdig bezeichnet werden müsste. Kommt es daher auf eine Verpflichtung zur custodia an, so kann auch diese nie weiter gehen, als bis zur custodia eines diligens paterfamilias, d. h. es kann nicht mehr verlangt werden, als richtige Feststellung des mit Rücksicht auf das Interesse resultirenden Masses der custodia für den betreffenden Fall und ein dieser Feststellung entsprechendes Verhalten; es müssen also alle Mittel angewendet werden, welche einerseits zum Schutze der Sache dienlich erscheinen und andererseits nicht im Missverhältnis zum Werte derselben stehen. Damit ist allerdings die Thätigkeit eines bonus oder diligens paterf. nicht erschöpft, sondern es wird noch weiter erfordert, dass derselbe die Mittel, welche er anzuwenden für nötig befunden, auch fleissig d. h. mit der gehörigen Sorgfalt anwendet. Unter einem bonus, diligens paterfamilias verstehen wir demnach mit Rücksicht auf die custodia einen solchen Hausvater, der die custodia seiner Sachen dergestalt bethätigt, dass er dieselben keinerzeit ausser Acht lassend, die Mittel zu ihrer Beschützung mit Einhaltung des rechten Masses auswählt und die als erforderlich erkannten in einer Weise anwendet, in welcher die Wirksamkeit derselben am wenigsten fraglich und so die Sicherheit

der zu schützenden Objekte am meisten verbürgt erscheint. Ereignet sich dann trotzdem ein Unfall, so befindet sich der Custodient ausser Schuld; ist er selbst der Eigentümer, so braucht er sich keinen Vorwurf zu machen; ist es ein anderer, so kann er von diesem nicht deswegen zur Verantwortung gezogen werden, da er ja alles gethan hat, was man von ihm verlangen kann [1]). Andererseits aber ist er in Schuld, sobald er sich nur im geringsten nicht in der oben geschilderten Weise verhalten hat; ist er hier der Eigentümer der zu custodirenden Sache, so wird ihm sein Inneres den Vorwurf der negligentia nicht ersparen, (sobald er sich also nicht als diligens patf. erwiesen hat); custodirte er dagegen die Sache für einen Dritten, so ist er zwar jedenfalls in culpa, aber praktisch kommt es hier darauf an, für welchen Grad von culpa er von dem Dritten in dem speziellen Falle verantwortlich gemacht werden kann.

Die Mittel, durch welche custodia bethätigt wird, dürfen dem Gesagten zufolge nicht mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden sein, so dass durch den letzteren das Interesse, also der Grund jeglicher custodia vernichtet würde; es darf aber aus dem gleichen Grunde das Mittel vor allem auch kein solches sein, welches den Genuss des mit der Sache verbundenen commodum überhaupt unmöglich macht. Da ferner letzteres in dem Gebrauche, der mit der Sache gemacht wird, besteht, so darf die Bethätigung der custodia also auch den Gebrauch der Sache nicht schmälern oder gar unmöglich machen. In sehr vielen Fällen bestände z. B. das beste Mittel, eine Sache zu bewahren, darin, dass man sie tief in die Erde vergräbt; hier wäre sie wohl am besten geschützt, aber für uns von diesem Augenblicke an auch wertlos, da uns hierdurch der Genuss derselben entzogen würde. Wo daher ein Konflikt zwischen usus und custodia rei entsteht, muss die letztere alsbald immer so eingerichtet werden, dass der Konflikt wegfällt, selbst auf die Gefahr hin, dass man sich mit

---

1) cf. l. 12 (11) dig. 18,6.

einem minder starken Schutz begnügen muss und die Sache wegen des ungenügenden Schutzes Schaden erleidet. Die Begründung hiervon liegt, wie schon erwähnt, in dem Umstande, dass das Interesse die Grundlage jeglicher custodia bildet. Es kann sonach ebenfalls nicht Pflicht eines diligens patf. sein, eine Sache in einer Weise zu beschützen, dass er hierdurch gleichzeitig auf ihren Genuss Verzicht leisten müsste: denn auch dies würde nicht Vernunft, sondern Unvernunft sein.

So wird die Bethätigung der custodia beschränkt dadurch, dass manche Mittel zur Abwehr, die von vornherein als solche sich darstellen, sich doch in praxi als nicht anwendbar erweisen, und zwar aus den zwei soeben bezeichneten Gründen; andererseits aber gab es zu jeder Zeit und gibt es noch Unfälle (wenn sich ihr Kreis mit dem Fortschreiten der Kultur auch immer mehr verengt), welchen custodia überhaupt nicht gelten kann, weil es ihnen gegenüber kein zureichendes Mittel der Abwehr gibt [1]). Somit müssen wir den zwei Kategorien von Unfällen, die wir oben (§ 4) als nicht der custodia gegenüberstehend aufgezählt haben, noch eine Dritte hinzufügen. Ausserhalb des Kreises der Unfälle, denen custodia gilt, liegen nämlich

3. alle jene Unfälle, gegen welche es nach allgemeiner Erfahrung entweder überhaupt kein Mittel der Abwehr gibt, oder nur ein solches, dessen Anwendung vernünftigerweise ausgeschlossen ist [2]). Es sind dies die Fälle der vis maior, denen wir unten noch näher treten werden [3]). Schon jetzt aber sei darauf hingewiesen, dass es nicht richtig wäre zu glauben, dass da, wo keine vis maior vorliege immer culpa

---

[1]) Dies galt zur Zeit der Römer für den Blitz; jetzt stehen wir dem Blitz durch Erfindung der Blitzableiter nicht mehr wehrlos gegenüber. Es gilt aber auch jetzt noch für einzelne Kalamitäten z. B. Erdbeben.

[2]) cf. Brinz Pand. § 268 A. 4.

[3]) Uebrigens ist der Begriff der vis maior nicht blos als Gegensatz der custodia zu nehmen, sondern vielmehr als Gegensatz gegen jede cura, soweit dieselbe darauf gerichtet ist, einen schädlichen Erfolg von einem Vermögen abzuwenden.

des Custodienten vorhanden sein müsse; denn wir haben bereits bemerkt, dass auch durch die sorgfältigste Anwendung aller Mittel der Abwehr eines schädigenden Ereignisses der Eintritt desselben nicht unmöglich gemacht werden kann; das Bestreben bei der custodia kann vielmehr in weitaus den meisten Fällen nur dahin gehen, die mehr oder minder grosse Wahrscheinlichkeit eines Unfalles zur Unwahrscheinlichkeit herab zu mindern, wobei jedoch immerhin die Möglichkeit eines solchen bestehen bleibt. Tritt dann trotz Aufwandes aller Sorgfalt doch ein Unfall ein, dann spricht man von casus und will damit sagen, dass der Beschützer ohne alle Schuld ist. Nun zeigt das tägliche Leben, dass die mannigfachen Unfälle, von denen unsere Vermögensgegenstände bedroht werden, sich in Bezug auf das Bestreben der custodia, ihren Eintritt wenigstens nahezu zur Unmöglichkeit zu machen, sehr verschieden verhalten. Bei den einen gelingt die Verhütung durch sorgfältige custodia regelmässig, bei anderen hinwiederum regelmässig trotz Anwendung alles Fleisses nicht, so dass wir, wo ein Unfall eintritt, im ersten Falle sagen werden, dass es wahrscheinlich ist, dass sich der custos eine Nachlässigkeit habe zu schulden kommen lassen, während im letzteren Falle die Wahr scheinlichkeit von vornherein für die Schuldlosigkeit des custos spricht. Dieser Unterschied konnte denn auch dem praktischen Sinne der Römer nicht verborgen bleiben und so betrachteten sie (und zwar aus gutem Grunde) den Diebstahl einer Sache zwar nicht als schlechthin vermeidlich, (was als den Thatsachen widersprechend verfehlt gewesen wäre) [1]) wohl aber als regelmässig vermeidlich; und wirklich dürfte nicht leicht ein Diebstahl vorkommen, den nicht wenigstens zum Teil die Unachtsamkeit des Custodienten verschuldet hätte [2]).

---

1) Wenn Löhr, Theorie der Culpa (pag. 163 der Beiträge hierzu) beweisen will, dass die Römer den Diebstahl für schlechthin durch custodia vermeidlich angesehen haben, so geht dies zu weit; seine Ausführungen beweisen nur so viel, dass der Diebstahl in den meisten Fällen vermieden werden kann und deshalb auch von den Römern als regelmässig vermeidlich betrachtet wurde.

2) Die hier erwähnte Eigenschaft des Diebstahls theilen begreiflicherweise auch alle übrigen Unfälle, welche den Verlust der Detention nach sich ziehen.

Die entgegengesetzte Erscheinung zeigt sich hinsichtlich des damnum ab alio datum. Ja, was dieses anlangt, ging Julian sogar so weit, dass er sich zu dem Ausruf veranlasst sah: qua (enim) cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?[1]), womit er die Behauptung begründen wollte, dass ohne Zweifel weder der gedungene custos einer Sache, noch der Commodatar für ein damnum ab alio datum haftbar erklärt werden könne[2]). Dass dieser Freibrief für das damnum datum zu weit ging, erkannte Marcell richtig[3]), andererseits aber, wenn auch als Prinzip zu weit gehend, wird Julians dictum für die grosse Mehrzahl der praktischen Fälle wahr sein und bleiben d. h. wirklich wird wohl selbst da, wo für diligentia dil. patf. gehaftet wird, in einem konkreten Falle eine Haftung für damnum ab alio datum nur äusserst selten eintreten[4]). Ein Hauptgrund für diese der praktischen Erfahrung entnommenen Beobachtung dürfte darin zu finden sein, dass, um Verletzungen und zwar namentlich durch dritte Personen von den unserer Obhut unterstehenden Sachen abzuwenden, in weit grösserem Umfange unsere persönliche custodia nötig ist, als dies z. B. beim Diebstahl der Fall ist. Was nämlich den letzteren anlangt, so sind es vorzugsweise bleibende Vorkehrungen, die wir zum Schutze unseres Vermögens gegen denselben treffen; ist dies in gehöriger Weise geschehen, dann brauchen wir um unsere Sachen nicht mehr weiter besorgt zu sein, sie sind sicher. Alle die vielen Gegenstände aber, die wir in unserem Besitze haben, fortwährend persönlich zu schützen, ist so sehr eine Unmög-

---

1) l. 19 dig. 13,6.

2) cf. l. 19 cit.

3) l. 41 dig. 19,2.

4) Was auch Marcell recht gut einsieht, indem er die Ansicht Julians dahin richtig stellt, dass es doch zuweilen („interdum") vorkommen könne, dass man den custos für schuldig an dem damnum ab alio datum erklären müsse, sei es nun, dass die Sache in dem besonders gelagerten Falle hätte so custodirt werden können, dass ihr nichts passirt wäre oder sei es, dass sie der custos (oder sein Transmissar) selbst beschädigte (letzteres kein Fall der negligentia custodiae, sondern der aquilischen Culpa von seiten des Wächters oder des Gehilfen).

lichkeit, dass es uns nur selten zum Vorwurfe gereichen kann, wenn einmal irgend einer beschädigt wird. Und zwar trifft das [wenn auch in ganz hervorragendem Grade für das damnum ab alio datum (namentlich dem böswilligen)] für alle Unfälle zu, welche in der Beschädigung oder dem gänzlichen Untergange der Sache bestehen, so dass wir im Hinblicke auf die custodia einen innerlich begründeten, tiefgreifenden Unterschied konstatiren müssen und zwar zwischen den Unfällen, welche Detentions- und damit Besitzesverlust nach sich ziehen einerseits und andererseits den Unfällen, welche eine ganze oder teilweise Zerstörung der Sache mit sich führen — ein Unterschied, der, nachdem er, wie wir gesehen haben, einmal von den Römern erfasst war, nicht ohne praktische Folgen für ihre Rechtsbildung bleiben konnte.

Aufgabe des folgendes Abschnittes wird es sein zu zeigen, inwiefern der berührte Unterschied im römischen Rechte wirksam geworden ist; vorerst aber wollen wir daran festhalten, dass die custodia immer den oben (§ 2 in fine) gegebenen doppelten Inhalt hat, da ja der Schutz gegen Verletzung der Integrität, wenn auch im Allgemeinen schwieriger, so doch niemals von vorneherein ausgeschlossen erscheint.

§ 6.

Die custodia der natürlich Interessirten.

Nachdem wir im vorigen § gesehen haben, wie die custodia bethätigt wird, wenden wir uns jetzt zur Beantwortung der Frage, wer denn Alles ein Interesse an der Bethätigung dieses Schutzes habe, da wir ja das Interesse bereits als das treibende Motiv für die custodia erkannten. Sehen wir uns nach einer Antwort in den Quellen um, so finden wir in l. 72 (71) § 1 dig. 47,2 die Anschauung derselben in der klarsten Weise niedergelegt, indem es dort heisst:

> interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.

Die Stelle spricht zwar zunächst von dem Rechtsschutz, nämlich von der Kompetenz zur actio furti; ihre Definition muss aber auch für das der custodia zu Grunde liegende Interesse massgebend sein, da der Rechtsschutz, wie wir schon mehrfach zu erwähnen Gelegenheit hatten, als Fortsetzung der custodia zu betrachten ist. Wer ein Interesse an einer Sache hat, schützt dieselbe vor dem Unfall durch Bethätigung der custodia; ist der Unfall trotzdem eingetreten, so gibt ihm das Recht in Gestalt einer actio ein Mittel an die Hand, dieses sein Interesse auch nach dem Eintritte des Unfalles noch zu wahren. Freilich ist die Stelle auf die custodia bezogen, doch etwas anders zu interpretiren. Mit Bezug auf die actio furti sagt sie nämlich in ganz unzweideutiger Weise, dass, um die Kompetenz zur actio furti zu begründen, ein Interesse erfordert werde, welches in dem sicheren Eintritte eines damnum (emergens) begründet sei, dass aber nicht genüge ein Interesse, das nur auf dem Ausfalle eines lucrum, also auf einem lucrum cessans basire. Der Grund für diese Beschränkung des Interessebegriffes [1]) ist darin zu suchen, dass das blos auf einem lucrum cessans beruhende Interesse im Vergleiche zu dem in einem damnum emergens begründeten den römischen Juristen als viel zu geringfügig [2]) erschien, als dass sie hieraus Anlass zur Erteilung der actio furti hätten nehmen können. Weil nun aber die custodia, wie schon öfters hervorgehoben, etwas rein thatsächliches ist, so kann in Anwendung auf diese, die von den Quellen ausgesprochene Auffassung des Interessebegriffes nur so zu deuten sein, dass das Recht in der blossen Gefahr, ein lucrum nicht zu bekommen, kein genügend starkes Motiv für die Bethätigung der custodia erblickt, so dass das

[1]) Im Gegensatz zu l. 13 pr. dig. 46,8 l. 33 dig. 19,2 etc.

[2]) So sagen sie vom Kommodatar geradezu „nihil tua interesset" (l. 15 § 2 dig. 47,2) ebenfalls mit Bezug auf die Diebstahlsklage, obwohl doch an und für sich nicht geleugnet werden kann, dass darin, dass dem Kommodatar durch den Diebstahl die Möglichkeit, die Sache noch weiter zu benutzen, benommen wird, ein Interesse seinerseits begründet ist, wenn auch andererseits zugegeben werden muss, dass dasselbe in der Regel nicht so gross sein wird, als das des Eigentümers der Sache.

Eintreten der letzteren als verbürgt erschiene[1]). Ausserdem will damit auch noch gesagt sein, dass Hauptinteressent immer derjenige ist, welcher damnum passurus est und dass er daher in erster Linie zur custodia berufen sei. Das Recht will demnach da, wo das Interesse nicht in der Gefahr eines damnum besteht, gar nicht von custodia reden, gesetzt auch, dass eine solche wirklich zur Erscheinung kommt.

Zur Kategorie der damnum passuri gehören vor allem alle diejenigen, welche durch die Natur der Sache in Folge des Eintrittes eines eine res treffenden Unfalles geschädigt werden. Wir wollen diese die natürlich Interessirten nennen. Als solcher erscheint nun in erster Reihe der Eigentümer der Sache[2]), dessen Interesse darin besteht, dass ihm der Genuss seines Eigentumes in keiner Weise geschmälert oder gar unmöglich gemacht werde: er ist daher auch regelmässig der custos seiner Sache. Dieser Behauptung entsprechen die thatsächlichen Verhältnisse im Leben. Wir sehen täglich, wie der Eigentümer sein Grundstück mit einem Zaun umgibt, es durch einen Hund bewachen lässt, für Instandhaltung der Thore und Thüren und der Schlösser an denselben, ebenso für Verschliessung zur Nachtzeit sorgt; er ist es ferner, der die beweglichen Sachen auf das ihm gehörige Grundstück bringt, um sie unter seinen Augen zu haben und bewahren zu können, der sie auch hier wieder in Schränke zur Aufbewahrung verschliesst u. s. w., lauter Bethätigungen der custodia zum Schutze seines Interesses, das hier in einem Rechte, nämlich in dem Eigentumsrechte seine Begründung findet.

Das Eigentumsinteresse macht es dem Eigentümer gleichsam zur Pflicht, die ihm gehörige Sache zu schützen: wie er

---

1) So hält das Recht das Interesse des Kommodatars an dem fortdauernden Gebrauch der Sache für keine genügende Bürgschaft, dass dieser sich auch wirklich der custodia befleisse und so das Interesse des Eigentümers der Sache wahre; es schafft vielmehr durch die Haftung, die es ihm auferlegt, künstlich ein Interesse, das den Eigenthümer vor Verlust sicher zu stellen geeignet ist. cf. § 7.

2) cf. § 13 (15) Instt. 4,1: Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit.

sich indessen dieser seiner Aufgabe entledigt, und ob überhaupt, bleibt gleichgültig; namentlich frägt Niemand darnach, welche Diligenz er bei der Beschützung seiner Sache bethätigt, hier handelt es sich nur um das Resultat: denn er ist es ja selbst, der den Schaden, wenn sich einer durch seine Nachlässigkeit ereignet, vertritt, andererseits ist es sein Nutzen, wenn er die Sache vor Unfall bewahren will, und auch zu bewahren weiss. In keinem Falle aber hat daran ein anderer als der Eigentümer ein Interesse[1]). Von diligentia kann daher hier nicht die Rede sein, weil nicht darnach gefragt wird und doch bleibt der Schutz, den der Eigentümer seinen Sachen angedeihen lässt, custodia! Es gibt also sogar eine custodia, welche weit entfernt, eine species diligentiae zu sein, vielmehr gar nicht einmal unter dem Gesichtspunkte der Diligenz steht, an welche der Masstab der Diligenz überhaupt gar nicht angelegt wird.

Die Quellen haben daher auch gar keinen Anlass, ausdrücklich von der custodia des Eigentümers zu sprechen. Für das Recht bleibt ja, soweit der Eigentümer seine eigenen Sachen schützt, die custodia ohne alle Bedeutung, sie ist hier lediglich einerseits etwas faktisches, andererseits eine innere Angelegenheit des Eigentümers, in die sich das Recht nicht einmischt. Die custodia kommt in Folge dessen auch als custodia des Eigentümers nur da in den Pandekten zur Erscheinung, wo es sich um das Resultat handelt, das durch custodia erzielt werden soll, daher z. B. in der Lehre von der Besitzeserhaltung von custodia gesprochen wird, aber nirgends von Diligenz[2]).

Vieles von dem bisher Erörterten wäre ebenfalls ohne weitere Bedeutung, wenn es nur eine custodia des Eigen-

---

1) Es ist hier natürlich das Eigentum als das alleinige an der Sache bestehende Recht vorausgesetzt.

2) Einzig und allein in l. 47 dig. 41,2 ist von „neglecta custodia" die Rede. Aber schon der Beisatz „omissa" zeigt, dass es sich hier lediglich um ein Resultat handelt.

tümers[1]) gäbe; für den Eigentümer ist es gleichgültig, durch welchen Unfall eine Sache zu Grunde geht, ob sie selbst verdirbt, oder ob sie durch ein Naturereignis beschädigt oder zerstört wird, ob ferner der Eigentümer selbst seine Sache mutwillig und absichtlich vernichtet oder ob sie ihm durch seine Nachlässigkeit in der custodia oder ohne sein Verschulden durch Zufall zu Grunde geht: Alles das ist, so lange der Eigentümer selbst die custodia ausübt, für das Custodiaverhältnis, das zwischen dominus und res besteht, vollkommen irrelevant; die Sache ist eben in allen Fällen für den Herrn verloren und sein Eigentumsinteresse geschädigt.

Eine Frage nach der Ursache des Unfalls wäre daher völlig überflüssig, da sich in diesem Falle keine Konsequenzen für das Recht hieraus ergeben würden. Ganz anders ist dies bei den an der custodia rechtlich Interessierten, von welchen wir im folgenden § sprechen werden. — Der Eigentümer ist nun aber nicht der einzige, welcher die custodia in Wahrung seines natürlichen Interesses ausübt. So schützt der Faustpfandgläubiger, indem er die Sache custodiert, jedenfalls auch sein natürliches Interesse, das er nämlich als Gläubiger an der Pfandsache hat; denn er ist damnum patiens, wenn dem pignus etwas zustösst, quia expedit ei pignori potius incumbere quam in personam agere[2]). Ingleichem haben ferner ein natürliches Interesse an dem Schutze einer Sache alle diejenigen, welche sonst ein dingliches Recht an einer fremden Sache haben (soweit sie natürlich durch einen der Sache zustossenden Unfall selbst in ihrem Rechte beeinträchtigt erscheinen): so besonders der Usufruktuar, wobei zu bemerken ist, dass unter Umständen das Interesse des letzteren am ususfructus ein bedeutenderes sein kann, wie das des Eigentümers an der nuda proprietas[3]). Auch der bonae fidei possessor hat ein natürliches Interesse an der Erhaltung der Sache, z. B. daran, dass

---

1) Und der natürlich Interessirten überhaupt.

2) § 14 (16) Instt. 4,1. cf. l. 12 § 2 dig. 47,2.

3) cf. l. 46 § 1 dig. 47,2.

sie nicht gestohlen werde, eius interest rem non subripi, cum in bonis eius sit[1]); aber nicht minder der malae fidei possessor, obwohl sein Interesse kein vom Recht geschütztes ist und er daher die actio furti nicht hat[2]). — Im übrigen haben diese anderweitigen Fälle von custodia als dem Schutz eines natürlichen Interesses nichts besonderes; auch für sie gilt das oben vom Eigentümer als dem Repräsentanten der natürlich Interessirten Gesagte, soweit nämlich ihr Interesse allein in Betracht gezogen wird. Der Hauptfall aber, in welchem eine Sache aus natürlichem Interesse custodirt wird, ist und bleibt immer der des Eigentümers, da der Schutz des Eigentumsinteresses bei jeder Sache (denn an herrenlosen Sachen gibt es überhaupt keine custodia; wo ein Eigentum noch nicht besteht, wird es durch die custodia begründet) sich geltend macht und selbst neben dem Schutze eines der genannten anderweitigen natürlichen Interessen, welche ausserdem mit einer Sache verbunden sein können, immer in erster Linie in Frage kommt. Eine scheinbare Ausnahme von dem Satze, dass der Eigentümer immer an der Erhaltung seiner Sache natürlich interessirt sei, macht der Fall des venditor ante traditionem, wobei zugleich die thatsächliche Natur der custodia wieder recht deutlich zu Tage tritt. Obwohl nominell noch dominus, hat der Verkäufer an der verkauften Sache kein Interesse mehr, dieses ist mit dem Abschlusse des Kaufvertrages auf den Käufer übergegangen und insoweit ist der letztere materiell genommen der Eigentümer und hiermit der natürlich an der custodia Interessirte, wenn vom Rechte auch der formelle Eigentumsübergang an die Tradition geknüpft ist.

---

1) cf. l. 12 §§ 1, 2 dig. 47,2.

2) Hier zeigt sich wieder die jetzt hier schon oft betonte faktische Natur der custodia im Gegensatz zur actio furti.

§ 7.

Die custodia der rechtlich Interessirten oder die Custodiahaftung.

Der natürlich an dem Schutze einer Sache Interessirte kann nun aber derselben diesen seinen Schutz nur dann angedeihen lassen, wenn eine Voraussetzung gegeben ist, welche wir bereits kennen gelernt haben, nämlich nur dann, wenn er rem tenet: sobald er der Detention sich entäussert, hört für ihn, wie wir ja schon oben gesehen haben, die Möglichkeit auf, die Sache in eigener Person vor Unfällen zu bewahren. Weil es nun aber vermutlich sein Wille und seine Absicht nicht sein kann, damit seine Sache schutzlos zu stellen, so liegt in der Übergabe zur Detention an einen andern von seiten des dominus immer zugleich die Übergabe zur custodia[1]). Die traditio zur blossen naturalis possessio geschieht eben immer im Hinblick auf Rückerstattung der Sache, mag nun diese in längerer oder kürzerer Frist in Aussicht genommen sein; der Eigentümer will, dass die Sache seinerzeit wieder zu ihm zurückkehre und will er dieses, so will er hiemit zugleich, dass der andere all das thue, was dazu geeignet ist, diese Rückkehr zu sichern: mit anderen Worten, sein Wille ist es, dass ihn der Detentor in Bezug auf die custodia der Sache vertrete. Vom Standpunkte des Eigentümers aus gesehen ist demnach der Detentor Stellvertreter in der custodia und wir hätten somit eine zweite Klasse von Personen, welche die custodia nicht aus eigenem Interesse, sondern nur in Stellvertretung ausüben[2]). Aber der Wille des Eigen-

---

1) cf. l. 38 pr. dig. 39,2: custodiamque ei afuturus tradidit: weil der Verkäufer abreiste, überliess er dem Käufer die Detention precario schon, ehe er dazu verpflichtet gewesen wäre nach dem Kaufvertrag, natürlich custodiae causa, damit sein Gründstück während seiner Abwesenheit nicht schutzlos sei. Welches Interesse übrigens der Verkäufer auch nach dem Verkaufe noch an der verkauften Sache hat, werden wir sofort sehen.

2) So ist z. B. der Commodatar (da sein natürliches in einem blossen lucrum bestehendes Interesse vom Rechte nicht beachtet wird, cf. oben) ganz, der Usufruktuar, soweit sein natürliches Interesse nicht reicht, als Stellvertreter in der custodia für den Eigentümer anzusehen. Vgl. auch die Entscheidung der l. 39 dig. 41,2 bezüglich der usucapio.

tümers, dass der Detentor für ihn die Sache schütze, würde wohl meistenteils nur ein frommer Wunsch bleiben; denn es würde ja bei dem, der die Sache detinirt, die Triebfeder zur wirklichen Bethätigung der custodia fehlen, nämlich das Interesse. Dieses Interesse muss also erst geschaffen werden und hier ist der Punkt, wo das Recht thätig eingreift und wo deshalb auch die custodia eine rechtliche Bedeutung erlangt. Das Recht spricht ein Machtwort und zwingt hiedurch den Detentor, dem Eigentümer zu willfahren, indem es erklärt, dass derjenige, welcher die Sache detinirt, de ea ipsa re restituenda tenetur[1]). Er soll verhaftet sein, dieselbe Sache zurückzugeben, widrigenfalls er Schadensersatzpflicht zu gewärtigen hat und hiemit ersteht für ihn ein Interesse daran, dass er sich seinerzeit in der Lage befinde, dieselbe Sache zurückzuerstatten; dieses sein Interesse ist jedoch kein natürliches, sondern ein künstlich vom Rechte geschaffenes. Ipsam rem restituere kann nun aber vor allem der nicht, welcher im gegebenen Zeitpunkte die Detention der Sache nicht mehr hat; eine Restitution ist ferner natürlicherweise nicht möglich, wenn die Sache gänzlich zu Grunde gegangen ist; eine Restitution wird vom Rechte auch dann nicht als bethätigt erachtet, wenn eine Sache in beschädigtem Zustande zurückgegeben wird: res deterior reddita non est reddita[2]). Wenn also der Detentor für verhaftet erklärt wird, dem Eigentümer dieselbe Sache zu restituiren, so haftet er für Erhaltung der Detention sowohl

---

[1]) cf. §§ 2—4 Instt. 3,14.

[2]) l. 3 § 1 dig. 13,6. l. 1 § 16 dig. 16,3. Dass sich die Römer dieser Denkform bedienen, ist ein Beweis dafür, dass sie der Darstellung im Texte gemäss ursprünglich von der Haftung für restitutio eiusdem rei ausgingen. Überhaupt scheint erst in einer späteren Zeit sich die Haftung für Beschädigung der Sache herausgebildet zu haben: denn von der Forderung des ipsam rem restituere aus kommt man zunächst nur dazu, von dem Verhafteten zu verlangen, dass er in der Lage sei, dieselbe Sache zurück zu erstatten, in welchem Zustande aber wäre gleichgültig. Rückgabe einer beschädigten, in ihrem Werte verringerten Sache als keine Rückgabe zu erklären, ist eine juristische Feinheit, die mir auf eine relativ späte Zeit hinzudeuten scheint. Cf. hiezu Pernice M. Antistius Labeo I, 431 und die dort cit. legg. Pernice stellt diesen Entwicklungsgang nur für Depositum und Commodat auf. Derselbe ist jedoch wohl der allgemeine gewesen.

als der körperlichen Integrität derselben, mit einem Worte für custodia und wir haben somit den Satz gewonnen: I. Überall da, wo jemand zur Rückgabe einer Sache obligirt ist, haftet er für custodia oder wie die Quellen sich ausdrücken, „praestat custodiam".

Zur Rückgabe der Sache obligirt ist aber jeder, der sie nicht zu Eigentum tradirt erhalten hat, da sich nur in der traditio dominii der völlige Verzicht des bisherigen dominus auf die tradirte Sache äussert, und so prästirt auch jeder custodia, der als Nichteigentümer eine Sache in seiner Detention oder seinem Besitze hat[1]). — Vom Standpunkte des Rechts aus betrachtet üben diese Personen custodia ebenfalls aus eigenem Interesse, das aber in ihrer Haftung seine Begründung findet; sie sind nicht natürlich, sondern rechtlich interessirt und wir sprechen deshalb hier von einer custodia der rechtlich Interessirten oder von der Custodiahaftung.

Sehen wir uns nun um auf dem Gebiete des positiven Rechts nach den Fällen, wo sich eine res in der Hand eines Nichteigentümers befindet, so sind es vor allem die Realkontrakte und zwar das depositum, commodatum und pignus, während das mutuum ausser Betracht bleibt, da hier zu Eigentum übergeben wird, und füglich nicht von einer praestatio custodiae, sondern nur von einer custodia der tradirten nummi aus natürlichem Interesse die Rede sein kann[2]). Die drei erwähnten Kontrakte werden sämtlich in den Justinianischen Institutionen (3, 14) von §§ 2—4 mit besonderer Beachtung der praestatio custodiae behandelt und die Haftung für custodia überall aus dem de ea ipsa re restituenda teneri abgeleitet.

Was nun 1. das Depositum anlangt, so sagt l 1 pr. dig. 16,3 ausdrücklich: depositum est quod custodiendum alicui datum est . . . . . praepositio enim „de" auget depositum,

---

[1]) Da es wohl originären Eigentumserwerb, aber nicht originären Erwerb der blossen Detention oder des blossen Besitzes gibt.

[2]) cf. § 2 Instt. 3, 14.

ut ostendat, totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet: also das depositum wird geradezu als ein custodiendum dare (servandum dare, wie es an anderen Stellen auch heisst) bezeichnet; das depositum geht in dem Zweck der custodia sogar ganz auf. Der Deponent deponirt die Sache, d. h. er legt die Sache weg und entschlägt sich so der Sorge um deren Behütung für die Zeit der depositio, indem er es dem Depositar überlässt, in der Zwischenzeit für die Sache zu sorgen, bei welchem er sie vielleicht augenblicklich für gesicherter hält, als wenn er sie in seiner Detention behielte [1]. Nach dem Begriffe des Depositums kann es sich hier nur um bewegliche Sachen handeln und kommt sonach custodia in jedem Falle sowohl als Schutz der Unversehrtheit als auch als Schutz des Besitzes in Betracht. Mit der Haftung für custodia ist beim Depositum aber auch der ganze Inhalt der Haftung erfüllt; der Depositar muss nicht für cura rei, insbesondere nicht für Instandhaltung der Sache durch den notwendigen Unterhalt sorgen. Andererseits aber muss er die Sache custodiren, er muss alles das thun, was die Bethätigung der custodia in sich begreift, namentlich beschränkt sich seine Haftung keineswegs darauf, wie man behauptet hat [2], dass er der deponirten Sache den blossen Boden gewähre: nein, auch er muss handelnd zu Gunsten der Sache auftreten: auch er prästirt custodia und zwar in demselben Sinne, wie der Commodatar und der Faustpfandgläubiger. Der ganze Unterschied zwischen der custodia des Depositars und der letztgenannten liegt einzig und allein darin, dass das Recht zwar auch vom Depositar wie von diesen die Bethätigung all dessen verlangt, was die Sicherheit der Sache vor Unfällen erheischt, dass es sich aber beim Depositar im Vergleich zu den anderen mit

---

1) Cf. Coll. leg. Rom. et Mos. tit. X. cap. VII § 3: „deponere videtur, qui in metu ruinae, incendii, naufragii apud alium custodiae causa deponit"; § 4 ibid: „deponere videtur et is, qui suspectam habens vel minus idoneam custodiam domus . . . . commendat."

2) So Baron, l. c. pag. 108 cf. dagegen Brinz Pand. § 268 (Text ad A 19 und 20 dortselbst).

einer geringeren Qualität der Schutzmassregeln begnügt, und überhaupt bei Betrachtung seiner Custodialeistung keinen so strengen Masstab anlegt, wie bei diesen. Der Beweis für das soeben Gesagte liegt in den oben angeführten Worten der l. 1 cit. (totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet). Könnte Ulpian von „totum" sprechen, wenn die blosse Gewährung des Bodens den Inhalt der Custodiahaftung des Depositars erschöpfte? Ein ganz deutlicher Beweis für unsere Behauptung ergibt sich auch aus Instt. 3,14 §§ 2—4 cit., wo die custodia, welche den Depositar prästirt, zwischen die custodia des Commodatars und des Faustpfandgläubigers hineingestellt und dabei nur die verschiedene Qualität der zu prästirenden custodia hervorgehoben wird; es heisst ausdrücklich: neglegentiae et desidiae nomine non tenetur (§ 3), während doch nicht nur nicht von einer Haftung für negligentia in custodiendo, sondern nicht einmal von negligentia selbst die Rede sein könnte, wenn die custodia des Depositars auf die passive Gewährung des Bodens sich beschränkte. Denn negligentia ist ja ihrem Begriffe nach culpa in non faciendo, es könnte sie also doch derjenige nicht begehen, der zu einem facere gar nicht verpflichtet ist. Es könnte dann nur von dolus gesprochen werden; der Depositar könnte sich höchstens haftbar machen dadurch, dass er die Sache auf die Strasse setzte, was aber durch blosse negligentia nicht möglich ist und doch würden die Institutionen von einer parum diligenter custodita res beim Depositum sprechen.

Allenfalls könnte man als Grund für die Behauptung, dass die custodia des Depositars eine andere sein müsse als die des Commodatars, anführen, dass sich die custodia des Depositars nicht auf die Accession der Sache erstrecke (arg. l. 1 § 5 dig. 16,3), während der Schutz, den der Commodatar der geliehenen Sache prästirt, auch auf die Accession ausgedehnt werden müsse (arg. l. 5 § 9 dig. 13,6; und insbesondere l. 14 § 15 dig. 47,2, wo das gleiche Beispiel, wie beim Depositar, nämlich des servus cum veste gebraucht ist). Aber Ulpian gibt selbst den Grund dieser Ausdehnung der Haftung beim Commodate

in l. 5 § 9 cit. als in dem hohen Grade der vom Commodatar zu prästirenden Diligenz liegend an, indem er sagt: usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est etc.

Man ist nun aber sogar soweit gegangen und hat gesagt, dass der Depositar custodia überhaupt nicht prästire (nämlich auch keine beschränktere) und zwar hauptsächlich unter Hinweis auf zwei Stellen, nämlich § 17 (19) Instt. 4,1 und l. 1 § 12 dig. 16,3. Die erstere Stelle sagt nun allerdings mit einer Deutlichkeit, die nichts zu wünschen übrig lässt, dass der Depositar custodia nicht prästire; wir werden aber im folgenden Abschnitte sehen, dass hier von der custodia, die uns gegenwärtig beschäftigt, gar nicht die Rede sein kann, und dass vielmehr in der citirten Stelle von einem Custodiabegriffe gesprochen wird, den wir erst in der Folge kennen lernen werden[1]). — Was die zweite der Stellen betrifft, so hat sie folgenden Wortlaut:

„Quodsi rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.

Die Schlussworte der Stelle pflegen nun so ausgelegt zu werden, dass Ulpian sagt, das Mandat sei ein vollerer Kontrakt als das Depositum, da es auch die lex custodiae in sich begreife, während dies beim Depositum nicht der Fall sei womit also die Haftung des Depositars für custodia von Ul-

---

[1]) Dass in § 17 (19) Instt. 4,1 custodia etwas anderes bedeuten muss, als in § 3 Instt. 3,14 („rem custodiendam“ „parum diligenter custoditam rem“), geht schon daraus hervor, dass die letztere Stelle deutlich sagt vom Depositar: qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur, während die erstere Stelle ebenso steif behauptet, dass der Depositar restituendae eius rei non tenetur. Was es mit diesem scheinbaren Widerspruch für eine Bewandtnis hat, werden wir später sehen, für jetzt möge die Bemerkung genügen, dass ein wirklicher Widerspruch, da die beiden Stellen in den Justinianischen Institutionen sich befinden, wohl nicht anzunehmen ist und dass daher in den beiden Stellen von ganz verschiedenen Fällen die Rede sein muss.

pian verneint wäre. Dies ist aber nie und nimmermehr der Sinn dieser Worte, wie sich sofort zeigt, wenn man sie im Zusammenhange mit der ganzen Stelle betrachtet. Ulpian setzt den Fall, dass jemand einem Andern eine Sache übergibt mit dem Bemerken, dass, wenn ein gewisser Dritter sie nicht annehme, der Andere selbst die Sache custodiren solle. Nun hat der Dritte sie wirklich nicht angenommen und es entsteht hier, fährt der Jurist fort, die Frage: ob zwischen dem Übergeber und Empfänger der Sache blos die actio depositi oder auch die actio mandati begründet sei. Während nun Pomponius schwankt, erklärt Ulpian, dass er zu dieser Frage einen ganz indifferenten Standpunkt einnehme („tamen") und dass er weder glaube, dass blos die actio depositi statthabe, noch dass auch die mandati actio begründet sei, sondern dass seine Meinung dahin gehe, dass die mandati actio nicht nur dem gegebenen Verhältnis entspreche, sondern sogar die actio depositi überflüssig mache, da ja hier ein Mandat stattgefunden hat (fuit) als der vollere Kontrakt, indem dasselbe ja auch die Haftung für custodia in sich schliesse. Völlig klar wird die Sache, wenn man noch den vorausgehenden § 11 l. 1 cit. in Betracht zieht. Hier steht geschrieben, dass, wenn jemand gebeten wird, eine Sache einem Dritten zum Aufheben zu überbringen, derjenige, welcher die Sache übergeben hat, gegen den Empfänger die actio mandati, gegen den Dritten aber die actio depositi habe. Es sind also hier in der Hand des Tradenten zwei Klagen begründet, welche aber gegen verschiedene Personen gehen. Wie nun, denkt sich Ulpian weiter, wenn aber (quodsi) der Fall eintritt, dass diese zwei Klagen auch gegen dieselbe Person gerichtet sein würden? Sollen dann beide konkurriren oder welche soll hinziehen? eine Frage, die wegen des verschiedenen Umfanges der beiden actiones von der grössten Bedeutung ist. Jedenfalls ist nun das klar, dass in diesem letzteren Falle der Tradent nicht schlechter gestellt werden darf, als im vorigen Fall. Bei Zuerkennung der blossen actio depositi aber würde dies eintreten, sowohl wegen ihres geringen Umfanges als auch wegen des

ausserordentlich niedrigen Haftungsgrades, der bei ihr statthat. Es kann sich also nur handeln um Konkurrenz von actio depositi und mandati, oder um ausschliessliche Kompetenz der actio mandati. Und da entscheidet sich Ulpian für das letztere und zwar deshalb, wie er sagt, weil in Wahrheit hier das Mandat als der umfangreichere Kontrakt nach der vermutlichen Absicht des Tradenten stattgefunden hat. Es liegt demnach hier von Anfang an vor 1. mandatum rei ad Titium perferendae und 2. nicht, wie Pomponius zu meinen scheint nach seiner Fragestellung, depositum, sondern mandatum custodiae. Durch diese Auffassung erscheint der ganze Kontrakt als ein einheitlicher; der Tradent ist hierdurch auch nicht geschädigt, da ja das mandatum so bildsam ist, dass es auch die Natur des depositum anzunehmen vermag, während das starre depositum nur custodiae legem, aber nichts darüber hinaus enthalten kann, indem zwar totum fidei eius (des Depositars) commissum est, quod ad custodiam rei pertinet, aber auch nicht mehr!

Was ferner 2. das Commodatum betrifft, so ist hier wenig mehr zu sagen, als dass die Haftung des Commodatars über custodia hinausgeht und sich auf omnis cura rei, von der die custodia ja nur ein Teil ist, erstreckt. Wenn gleichwohl in der bereits mehrfach citirten Institutionenstelle (§ 2 Instt. 3,14) nur von custodia die Rede ist, so kommt das eben daher, weil in der betreffenden Stelle nur die Restitutionspflicht (cf. das bei den drei Kontrakten sich wiederholende „de ea re ipsa restituenda tenetur“) und die daraus sich unmittelbar ergebende Custodiahaftung hervorgehoben werden soll. Was dann noch weiter den Inhalt des Commodats betrifft, so sind es auch hier wieder nur bewegliche Sachen, die es in sich aufnimmt. Dies läge zwar keineswegs an sich in dem Begriff des commodare als eines utendum dare und in der älteren Zeit fand auch diese Beschränkung auf bewegliche Sachen nicht statt. Erst Labeo hat sie eingeführt[1]). Das Leihen unbeweglicher Sachen ge-

---

[1]) cf. Pernice Labeo I, 430.

schah meist precario, sonst war es ein Innominatrealkontrakt. Dass auch beim precarium, sowie bei den Innominatrealkontrakten, wenn die Rückgabe einer hingegebenen Sache in Frage kam, custodia prästirt wurde, ergibt sich aus dem oben aufgestellten, auch an den bisherigen Beispielen bereits als giltig erkannten Satz von selbst[1]). —

3. Die custodia des Faustpfandgläubigers kann sich auf bewegliche wie unbewegliche Sachen beziehen, da beide den Inhalt des Kontraktes bilden können; jedoch ist auch das Institut des pignus gerade für die Mobilien von einer ganz besonderen Wichtigkeit. Dass der Faustpfandgläubiger nicht blos Detention, sondern rechtlich etwas mehr, nämlich sogenannten abgeleiteten oder anvertrauten Besitz hat, ändert natürlich bezüglich der Haftung für custodia nichts, da ja in dem maius des Besitzes das minus der blossen Detention liegt und andererseits, wie wir oben gesehen haben, nur in der Tradition des Eigentums der Verzicht des Herrn auf Rückgabe der Sache zu erblicken ist. Das rechtliche plus der possessio kann für die faktische custodiae praestatio nicht in Betracht kommen, sondern es begründet nur für den Faustpfandgläubiger neben dem rechtlichen auch ein natürliches Interesse an dem Schutze der Sache[2]). —

Diese Haftung für custodia findet jedoch nicht blos bei den drei soeben genannten Realkontrakten statt, sondern der Satz, dass überall da, wo jemand zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, custodia prästirt wird, muss, da wir ihn oben ganz allgemein abgeleitet haben, auch eine ganz allgemeine Geltung besitzen. Er gilt demnach auch insbesondere für die Konsensualkontrakte, soweit es sich eben hier um die Rückgabe einer körperlichen Sache handelt. So kommt bei der locatio conductio, bei der societas und dem mandatum custodia zur Prästation, ebenso auch bei dem Rechtsverhältnisse des usufructus und diese Fälle der custodiae praestatio lassen sich

---

1) cf. übrigens auch l. 8 § 3 dig. 43,26.
2) cf. oben § 6.

noch beliebig vermehren, sobald man das unbegrenzte Gebiet der Innominatkontrakte betritt. Dass bei societas und vor allem beim mandatum die Haftung für custodia in den Quellen nicht so betont wird, als wie bei den Realkontrakten, kommt daher, dass „überallda, wo der Verpflichtete eine Geschäftsverwaltung (administratio) umfassenderer oder beschränkterer Art übernimmt, die Rücksicht auf Unversehrtheit von körperlichen Vermögensgegenständen in den Hintergrund tritt“ und es sich hier „überall erst in zweiter Linie um die Zerstörung, Beschädigung und Verschleppung von Sachen handelt, die ja in dem Inhalt der Obligation, der vorzugsweise auf eine Geschäftsgebahrung sich bezieht, gar nicht vorhanden zu sein brauchen[1]). —

Wir haben bisher lauter Fälle betrachtet, bei denen die Verpflichtung zur Rückgabe und sonach auch die Haftung für custodia in der traditio naturalis possessionis von seiten des Eigentümers also in einem Willensakte des letzteren begründet ist. Nun aber besteht eine obligatio restitutionis, wie schon oben bemerkt, überall da, wo ein Nichteigentümer eine Sache in seiner Detention oder seinem Besitze hat, also auch in den Fällen, wo derselbe diese seine Detention oder seinen Besitz nicht aus dem Willen des Eigentümers ableitet, wo er rem sine oder gar contra domini voluntatem detinet: denn kann schon in der Übergabe zur blossen Detention oder zu blossem Besitze ein Verzicht auf die Sache von seiten des dominus nicht erblickt werden, so ist das um so weniger da der Fall, wo eine Übergabe überhaupt nicht stattgefunden hat.

Fassen wir zunächst nun die Fälle ins Auge, wo jemand die Detention der Sache in rechtlich zulässiger Weise, wenn auch ohne den Willen des Herrn bekommen hat, so bieten sich uns in erster Linie die Rechtsverhältnisse dar, bei denen eine negotiorum gestio in Frage kommt, nämlich die Tutel (Kuratel), und die negotiorum gestio im engeren Sinne. Was

---

1) Pernice Labeo II, 290, 298.

vor allem den auftragslosen Geschäftsführer (den neg. gestor i. e. S.) anlangt, so gerirt sich dieser als dominus, indem er sich der Geschäfte des absens annimmt; er muss daher auch all das thun, was der dominus für die Sache thut (falls es sich um eine solche handelt), d. h. er muss sie insbesondere vor äusseren Unfällen bewahren; und insofern ergibt sich auch hier, vom Standpunkt des Eigentümers aus betrachtet, die Auffassung seiner custodia als Stellvertretung. In gleicher Weise verhält es sich auch mit dem tutor (curator); der Vormund wird für den Unmündigen, gleichviel von wem, als Stellvertreter aufgestellt, als Stellvertreter einer Person, die nicht fähig ist, ihre Geschäfte selbst zu führen. Er muss daher alles thun, was jener zu thun ihr Interesse auferlegte, wenn sie dazu fähig wäre; er muss also auch custodia leisten, natürlich vorausgesetzt, wie ja bei allen negotiorum gestores, dass er körperliche Sachen in seiner Detention hat. Gerade der letztere Umstand erklärt denn auch die Thatsache (die sonst gegenüber unserer Behauptung, dass auch die negotiorum gestores custodia prästiren, Bedenken erregen müsste), dass, wo in den Quellen von neg. gestio oder Tutel gesprochen wird, nirgends ausdrücklich der custodia Erwähnung geschieht. Es kommt nämlich hier ebenfalls der oben bei Gelegenheit der Besprechung der societas und des mandatum erwähnte Grund zur Geltung; auch die soeben besprochenen Rechtsverhältnisse beziehen sich in erster Linie auf Geschäftsführung im engeren Sinne; so besitzen wir z. B. über die neg. gestio fast nur Fragmente, welche von der Eintreibung oder Bezahlung von Forderungen handeln. Wo aber, was nicht unmöglich ist, eine körperliche Sache auch hier in obligationem deduzirt wird, tritt die Haftung für custodia ein. In l. 54 (53) § 3 dig. 47,2 wird davon gesprochen, dass der neg. gestor die actio furti nicht habe, was doch voraussetzt, dass hier eine körperliche Sache den Inhalt der Obligation bildet, und zwar hat er sie, wie die Stelle sagt, auch dann nicht, licet culpa eius res perierit, woraus mit Bestimmtheit hervorgeht, dass der neg. gestor in diesem Falle für custodia verhaftet war. Denn was soll denn gegenüber

dem furtum für eine Verschuldung vorkommen können, als culpa in custodiendo?

Wir haben oben gesehen, dass sich die Haftung für custodia unmittelbar aus der Restitutionspflicht ergibt: ist die letztere einmal für ein gewisses Rechtsverhältnis vom Rechte konstatirt, so kommt die custodia ganz von selbst. Die custodia zeigt sich eben auch hier wieder als etwas faktisches, nicht vom Recht vorgeschriebenes, noch vorschreibbares. Sollte daher, wie man behauptet hat[1]), custodiae praestatio in den Fällen, wo die Sache nicht domini voluntate detinirt wird, nicht stattfinden, so könnten die betreffenden Detentoren überhaupt nicht zur Rückgabe verpflichtet sein, es dürfte in Bezug auf sie ferner in den Quellen nicht nur nicht von custodia, sondern nicht einmal von der Möglichkeit einer Verschuldung durch Verlust einer Sache, z. B. durch Diebstahl, gesprochen werden, was jedoch offensichtlich in der soeben angeführten Stelle der Fall ist. — Zu den Detentoren, welche die res custodienda nicht domini voluntate in den Händen haben, gehören schliesslich noch die bonae fidei possessores, dann aber auch alle die, welche zum Besitze einer Sache auf irgend eine widerrechtliche Weise gelangt sind und daher dieselbe contra voluntatem domini innehaben, also alle malae fidei possessores[2]). —

---

1) Brinz, Pand. II_1 (§ 269, Text zu A. 10) will, dass alle diejenigen, welche die Sache nicht domini voluntate haben, lediglich wegen ihrer Verschuldung haften; aber diese Verschuldung kann doch nur eine Verschuldung durch Vernachlässigung der custodia sein. — Der Widerspruch mit Brinz wird sich übrigens im folgenden Abschnitt aufklären. Allerdings gibt es eine custodia, welche nur von denjenigen prästirt wird, welche die Sache domini voluntate innehaben.

2) Da die rei vindicatio sowohl gegen die bonae als gegen die malae fidei possessores nur dann begründet ist, wenn sie wirklich zur Zeit der Anstellung der Klage noch Besitzer der Sache sind, oder wenn die letzteren arglistiger Weise den Besitz derselben aufgegeben haben (l. 36 pr. dig. 6,1), so folgt daraus, dass sie für custodia, soweit dieselbe den Verlust der Sache im Auge hat, vor Prozessbeginn nicht haften, weil auch das dolo malo desinere possidere nicht durch doloses Unterlassen, sondern vielmehr nur durch doloses Handeln gegeben erscheint. (Cf. Windscheid, Pand. I, § 193 N. 8.) Was die Unversehrtheit der Sache anlangt, so haftet der malae fidei possessor hier auch vor Prozess-

Hiemit haben wir so ziemlich alle die Fälle kennen gelernt, in denen sich die Notwendigkeit einer custodiae praestatio ergab aus dem Umstande, dass der Eigentümer seine Sache nicht mehr zu schützen vermochte, weil er sich der Detention derselben und somit auch der Möglichkeit der custodia begeben hatte. Nun kann die Sache aber auch so liegen, dass derjenige, welcher das Eigentumsinteresse an einer Sache hat, dieselbe nicht bewahren kann, nicht etwa weil er, wie in den bisher betrachteten Rechtsverhältnissen, die Detention der Sache nicht mehr hat, sondern weil er die Detention noch nicht hat, ihm aber bereits ein anderer de re praestanda obligirt ist. Es versteht sich von selbst, dass, wie mit der Verpflichtung zur Restitution, so auch hier mit der Verpflichtung zur Prästation die Haftung für custodia ohne weiteres gegeben ist, und wir haben somit dem oben abgeleiteten Satz den weiteren hinzuzufügen: II. Überall da, wo jemand zur (alsbaldigen) Leistung einer Sache an einen Anderen obligirt ist, haftet er für custodia.

Ein Beispiel zu diesem Satze bietet uns das alte Vindikationslegat dar: hier ist res nunquam facta heredis[1]), der Erbe prästirt jedoch dem Legatar custodia bis zu dem Zeitpunkte der Leistung des Vermächtnisses und erscheint hiemit bis dahin als Stellvertreter des dominus in der custodia[2]).

---

beginn für custodia (und zwar für dil. dil. patf. in custo. wie der negotiorum gestor), während dagegen der bonae fidei possessor natürlicherweise nicht für custodia aufkommt, da er sich ja für den Eigentümer hält, „quia quasi suam rem neglexit nulli querelae subiectus est (ante petitam hereditatem)". Cf. hierzu überhaupt l. 31 § 3 dig. 5,3. — Post litem contestatam haftet sowohl der gutgläubige Besitzer für custodia in jeder Richtung als auch der unredliche, ja letzterer sogar darüber hinaus auch für Zufall. —

Die custodia des bonae und malae fidei possessor gehört hierher, da das Ziel der Eigentumsklage von den Quellen als ein „restituere" bezeichnet wird.

1) l. 80 dig. de leg. II. Gai. II, 194. Nach neuestem Recht findet dies bei allen Legaten statt, welche eine Sache des Erblassers zum Gegenstande haben und wo der dingliche Rechtserwerb nicht ausdrücklich vom Erblasser ausgeschlossen worden ist. arg. l. 1 Cod. 6,43.

2) Pernice II, 280 will die Haftung für custodia auch für die justinianische Zeit beim Vindikationslegat nicht anerkennen, sondern nur beim Damnationslegat, da bei ersterem der Erbe lediglich für culpa in faciendo einstehe.

Viel wichtigere Beispiele aber werden sich uns ergeben, wenn wir beachten (worauf wir schon oben § 6 in fine aufmerksam gemacht haben), dass es für das natürliche Interesse an der custodia nicht so fast darauf ankommt, wer formell der Eigentümer der Sache ist, sondern wer thatsächlich das Eigentumsinteresse hat. Dieses letztere hat aber nicht blos der formelle Eigentümer, sondern es hat dasselbe auch derjenige, der eine Sache erst zu Eigentum bekommen soll, wenn nur bereits gegründete Aussicht darauf besteht, was immer dann der Fall ist, wenn schon jemand zur Tradition der Sache obligirt ist. Hier ist das Eigentumsinteresse desjenigen, der formell noch dominus ist, erloschen, es kann ihm an und für sich gleichgültig sein, wie es der Sache in Zukunft ergeht, denn er muss sie ja so wie so in Bälde dem Andern überlassen. Sein Interesse an der custodia wird daher nur künstlich dadurch wach erhalten, dass er für seinerzeitige Eigentumsübertragung haftet und soweit er dafür haftet.

Dieser Fall tritt nun ein vor allem beim Kauf, der emptio venditio und zwar vor der Tradition der Sache: hier ist formell zwar noch der Verkäufer Eigentümer, materiell aber ist es der Käufer; denn dieser kann einerseits den Verkäufer zur Tradition der Sache zwingen, andererseits muss er die Sache, wenn sie ihm in vertragsgemässem Zustande und zur rechten Zeit angeboten wird, annehmen und den Kaufpreis bezahlen. Weil nun der Käufer als der an der Erhaltung der Sache natürlich Interessirte sich noch nicht in der Lage befindet, zu Gunsten der Sache zu handeln, so muss ihn der Verkäufer einstweilen

---

Indessen gibt die Fassung und der Zusammenhang der Stelle Ulpians, nämlich l. 47 § 5 dig. de leg. I keinen Anhaltspunkt für diese Einschränkung; im Gegenteil heisst es im § 4 ausdrücklich: item si res aliena (was nach dem Zusammenhang der Stelle wohl auf das Damnationslegat bezogen werden muss) vel hereditaria (Vindikationslegat) sine culpa heredis perierit etc. Im Gegenteil war die Haftung des Erben für Gewährung der vermachten Sache und zwar nach justinianischem Rechte ohne Rücksicht auf die vom Erblasser gebrauchten Ausdrücke sogar doppelt verbürgt, nämlich sowohl durch in rem actio (vindicatio) als auch durch actio in personam (ex testamento actio). Es behauptet sonach das Wort Justinians, wonach fernerhin omnibus legatis una sit natura, auch in Bezug auf die Haftung für custodia seine Geltung.

in der custodia vertreten, da er ihm durch den Kaufkontrakt de re tradenda gehalten ist. Auch bei der locatio conductio kann sich ein derartiges Verhältnis ergeben, wobei jedoch immer ein eigentlicher Kaufvertrag mitunterläuft, was auch von den Quellen anerkannt ist. Es ist dies der Fall, wo etwas auf Bestellung verfertigt wird; hier ist bezüglich des bereits ausgewählten zu verarbeitenden Stoffes eine emptio venditio vorhanden und wird daher auch custodia prästirt, nur bezüglich des opus haben wir eine locatio conductio [1]). — Ein weiteres Rechtsverhältnis dieser Art ergibt sich bei der dos; der Mann ist formell Eigentümer der zur dos gehörigen Gegenstände während der Dauer der Ehe; mit Rücksicht jedoch auf den allenfallsigen Rückfall der dos ist er zur custodia verpflichtet für den Zeitraum, in welchem sich die Dotalsachen in seiner Hand befinden [2]). Ferner ist hier zu erwähnen das Legat, soweit es nur ein Forderungsrecht begründet; der Erbe prästirt custodia unter demselben Gesichtspunkte, wie der Verkäufer. Das gleiche ist schliesslich auch bei der donatio der Fall, insofern körperliche Sachen in Frage kommen. (Cf. § 2 Instt. 2,7: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit ut . . . . . traditionis necessitas incumbat donatori.) Tritt jedoch die Schenkung in der Form der Stipulation auf vide sequ.

Nicht hieher gehören dagegen die Fälle, in welchen jemand durch eine stricti iuris obligatio zur Tradition (wie bei der Stipulation) resp. Rücktradition (wie bei den Kondiktionen) verbunden ist. Hier kommt der Schuldner nicht für custodia auf, trotzdem er de re tradenda obligirt ist und dies aus einem Grunde, den wir sogleich näher erörtern wollen [3]). Es besteht nämlich bezüglich der Haftung ein wesentlicher Unterschied

---

1) cf. § 4 Instt. 3,24 = Gai. III, 147.

2) Bezüglich der ihm von der Frau übergebenen Paraphernalgüter haftet der Mann selbstverständlich ebenfalls für custodia; nur gehört dieser Fall nicht hierher, da er vielmehr den oben besprochenen Fällen analog ist.

3) Es konnte daher auch beim Damnationslegat nicht von custodia gesprochen werden, so lange die actio ex testamento zu den Kondiktionen gehörte. cf. Pernice II, 278 Nr. 17.

zwischen dem bonae fidei und stricti iuris iudicium. Hier wie dort handelt es sich zwar um ein teneri de re tradenda, aber dieses teneri wird bei den actiones bonae fidei ganz anders interpretirt, als bei den stricti iuris actiones. Die strenge Natur der letzteren brachte es nämlich mit sich, dass hier das dare oportere so buchstäblich als möglich ausgelegt wurde. Hiedurch aber gelangte man nicht zu dem oben geschilderten Gedankengang, der von dem dare (restituere) oportere zu dem custodiam praestare (oder überhaupt curam praestare) führt, und welchen zu gehen der Judex auch im bonae fidei iudicium angewiesen war, indem er von dem Beklagten verlangen sollte, was nach der unter redlichen Menschen festgehaltenen Regel verlangt werden konnte [1]). Auch bei den arbitrariae actiones war dies dem Richter gestattet, indem er auf sein arbitrium verwiesen war. Anders dagegen verhielt es sich mit dem stricti iuris iudicium. Hier musste sich der Richter bei Bestimmung des Anspruches eben auch in dieser Hinsicht „stricte" an das dare halten. War z. B. bei der Stipulation ein dare versprochen, so durfte der Judex von dem dare nicht in Gedanken fortschreiten zu dem, was dieses dare ermöglicht, nicht fortschreiten zum facere, wodurch das dereinstige dare gesichert wird, sondern er musste sich vielmehr streng an die Worte der Parteien halten; diese aber hatten nur ein dare, nicht aber ein facere versprochen, bezw. sich versprechen lassen und deshalb haftete der Promittent auch nur dann, wenn er seinem Versprechen direkt zuwiderhandelte, indem er selbst in einer Weise thätig wurde, wodurch er sich der Möglichkeit der Vertragserfüllung beraubte. Wir finden dies in den Quellen in der Art ausgedrückt, dass die Kondiktionen (stricti iuris actiones) nur eine Haftung für culpa in faciendo kennen, während bei den freien Aktionen beide Arten der culpa prästirt werden [2]). Die custodia ist aber, wie wir gesehen haben, ein Inbegriff von Handlungen, welche den Schutz der Sache bezwecken, die Haftung für custodia also

1) Cf. Windscheid Pand. I pag. 114 A. 4.

2) Cf. l. 91 pr. dig. 45,1 mit l. 23 de R. J. dig. 50,17.

immer eine Obligation zur Vornahme dieser Handlungen und es kann daher von praestatio custodiae immer nur da die Rede sein, wo die Haftung auf ein facere geht und demnach durch culpa in non faciendo bedingt ist. Dagegen überall da, wo der Obligirte zu keinem Handeln, sondern nur zu einem Unterlassen verpflichtet ist, kann er sich auch nicht durch Unterlassung von Custodiahandlungen haftbar machen, weil in der Unterlassung der custodia ihrem Begriffe nach eine culpa in non faciendo liegt, er aber nur für culpa in faciendo aufkommen muss und dies ist eben bei den Kondiktionen der Fall.

Somit sind wir schliesslich zu folgendem für die Custodiahaftung fundamentalen Satz gelangt:

Custodia wird gefordert bei allen Rechtsverhältnissen, bei denen es sich um Rückgabe oder Leistung einer körperlichen Sache handelt, wenn denselben eine freie Klage zur Seite steht[1]).

Zum Schlusse noch zwei Bemerkungen. Wir haben bisher immer nur von der aus der Wahrung des Eigentumsinteresses entspringenden Custodiahaftung gesprochen, während wir doch andrerseits oben darauf hingewiesen haben, dass mit ein und derselben Sache neben dem Interesse des Eigentümers auch noch andere natürliche Interessen verbunden sein können, wie z. B. das des Usufruktuars oder Pfandgläubigers. Obwohl prinzipiell nicht geradezu ausgeschlossen, kommt nun aber eine Custodiahaftung des Eigentümers als Garantie für die Wahrung eines solchen Nebeninteresses thatsächlich nicht vor, einmal schon deswegen, weil die Detention der Sache sich regelmässig in der Hand dieser Nebeninteressenten befindet (also vielmehr diese dem Eigentümer für custodia aufkommen) und dann auch

---

1) Klage hier nicht im Sinne von civilis actio genommen, sondern im weiteren Sinn von actio, so dass auch das interdictum inbegriffen ist. Auch das interdictum gehört im Vergleich mit den Kondiktionen zu den freieren Klagen, wie l. 68 in fine dig. 6,1 beweist, wo es ebenfalls zu den omnia ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur gerechnet wird, während dies bezüglich der Kondiktionen nicht der Fall ist. Daher prästirt denn auch der Prekarist custodia, und zwar kommt er ante interdictum redditum blos für dolus, post interdictum redditum aber auch für culpa auf. Cf. l. 14 § 11 dig. 47,2; l. 8 § 3 dig. 43,26.

deshalb, weil durch das eigene Interesse des dominus die Bethätigung des Schutzes der Sache genügend verbürgt ist und daher eine Haftung sich als überflüssig herausstellt[1]). So finden wir sowohl beim creditor pigneraticius als auch beim usufructuarius in den Quellen nur erwähnt, dass der dominus für doloses Thun hafte, wenn hiedurch das Recht des Gläubigers bezw. Nutzniessers eine Einbusse erleidet[2]), dagegen nirgends steht etwas von einer Haftung für custodia. — Weit wichtiger, weil praktischer, ist der zweite Punkt, den wir hier noch berühren wollen. Es kann sich nämlich derjenige, welcher für custodia haftet, selbst wieder in Ausübung derselben von einem Dritten vertreten lassen, indem er sich der Detention begibt und dieselbe auf letzteren überträgt, gleichviel auf was für einem Geschäfte dies beruht. Selbstverständlich haftet hier zunächst der Detentor seinem Auktor, von dem er die Sache bekommen hat, dagegen tritt derselbe zu dem Eigentümer in gar kein Obligationsverhältnis und somit auch nicht in Ansehung der custodia. Dass durch die Weiterbegebung der Detention an dem Verhältnis des Eigentümers zu dem ursprünglichen Detentor nichts geändert wird, ist ausser Zweifel: nur kann darin für den Letzteren culpa (dolus) liegen, wenn nämlich die Weiterbegebung ohne die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Herrn geschehen ist. Dadurch aber wird die Custodiahaftung des Dritten gegenüber dem ursprünglichen Detentor nicht aufgehoben. Wenn z. B. ein Depositar die deponirte Sache eigenmächtig einem Dritten commodirt, macht er sich durch die blosse Verleihung eines

---

1) Der einzige in den Quellen vorkommende Fall dieser Art, wo der Pfandschuldner (also der Eigentümer der verpfändeten Sache) dem Pfandgläubiger für custodia contrario iudicio haftend erscheint, ist enthalten in l. 22 § 3 dig. 13,7. Aber hier haftet der debitor nicht als dominus, sondern als precario possidens bezw. conductor.

2) Cf. l. 9 pr. dig. 13,7: „aut malitiose in pignore versatus sit"; l. 36 § 1 dig. eod.; ferner aus l. 16 dig. 7,1 geht hervor, dass der dominus die Lage des usufructuarius nicht absichtlich verschlechtern dürfe. Dies thut er aber nicht blos dann, wenn er die Sache mit einer Servitut belastet, sondern auch dann, wenn er sie absichtlich zerstört oder verschlechtert.

dolus schuldig und er muss daher selbst, wenn bei dem Commodatar die Sache durch Zufall zu Grunde geht, dafür aufkommen (abgesehen davon, dass er auch der actio furti wegen des hierin liegenden furtum usus unterworfen ist). Der Commodatar jedoch haftet ihm allerdings für nicht weniger, aber auch nicht für mehr als culpa [1]).

Ist dagegen die Transmission (Substitution) der custodia als ausdrücklich oder stillschweigend vom Eigentümer zugelassen anzusehen, so gelten die Custodiahandlungen des Transmissars als die eigenen Handlungen des Transmittenten und dieser haftet daher nur dann, wenn sich die Handlungen des Transmissars als den Forderungen des Vertragsverhältnisses nicht entsprechend erweisen [2]).

§ 8.

Grade der Custodiahaftung — Qualitäten der Custodialeistung.

Die custodia ist nach dem Bisherigen der Inbegriff aller auf den Schutz einer Sache vor äusseren Unfällen abzielenden Handlungen und Einrichtungen.

Jeder, der für custodia haftet, custodia prästirt, ist daher zur Vornahme aller dieser Schutzmassregeln verpflichtet, der Depositar so gut wie der Commodatar, was wir ja schon im vorigen Paragraphen des näheren dargelegt haben. Diese einzelnen Massregeln, deren Inbegriff die custodia ist, sind nun so mannigfaltig und nach den gegebenen Verhältnissen so verschieden, dass jede nähere Aufzählung derselben, auch wenn sie vom Rechte versucht würde, missglücken müsste. Aber andererseits ist eine solche auch nicht notwendig. Denn die custodia ist etwas, von dem man sagen kann, dass es omnes intelligunt; sie ist ein allgemein geläufiger Begriff, den man bei jedem als bekannt vorauszusetzen berechtigt ist. Jeder weiss, was es heisst, eine Sache zu schützen und jedermann

---

1) Cf. l. 48 § 4 dig. 47,2.
2) Cf. l. 25 § 7 dig. 19,2.

weiss daher, was mit der Verpflichtung zur custodia gemeint ist, dass er nämlich den Schutz, den er tagtäglich seinen eigenen Sachen angedeihen lässt, jetzt auch bezüglich der fremden Sache, für die er haftet, leisten soll.

Beobachten wir nun aber die verschiedenen Hausväter bei der Bethätigung der custodia ihres Eigentums, so werden wir nicht gar lange brauchen, um zu dem Resultate zu kommen, dass, wie ein alter Spruch sagt, zwar omnes idem faciunt, aber optimus quisque optime. Alle bethätigen zwar custodia [1]), aber die Bethätigung selbst ist vor allem je nach dem Charakter des einzelnen eine verschiedene. Der fleissige, wie der nachlässige Hausvater beschützt seine Sachen vor Unfall, aber der fleissige ist, wie überhaupt in seinem Thun, so auch bei Ausübung der custodia sorgsam und genau, während der nachlässige sich auch hier leicht mit etwas zufrieden gibt; dem Begriffe nach ist und bleibt beides custodia, aber der Qualität nach besteht unter Umständen ein ganz gewaltiger Unterschied, der, solange es sich um die eigenen Sachen des Betreffenden handelt, gleichgiltig ist, jedoch die grösste Bedeutung gewinnt da, wo die Haftung für custodia zur Sprache kommt. Zwar ist es richtig, dass bei allen bonae fidei und arbitrariae actiones für custodia eingestanden werden muss, sobald eine Sache den Gegenstand derselben bildet, aber diese Haftung ist nicht überall eine gleich strenge und kann es auch nicht sein; denn es wäre doch der Gipfel der Ungerechtigkeit, dem Depositar, der von dem Geschäfte nicht den geringsten Vorteil zieht und nur aus reiner Gefälligkeit handelt, mit derselben Strenge begegnen zu wollen, wie etwa dem Commodatar, der den grössten, ja sogar den einzigen Vorteil bei dem Geschäfte geniesst. Faktisch wäre eine solche Behandlungsweise auch unmöglich, da dieselbe, je nachdem man sich für eine gleichmässig milde oder strenge Haftung entschiede, nur das Verschwinden des einen oder anderen der Kontrakte aus

---

[1]) Es sei denn etwa, dass jemand sein Eigentumsrecht an der Sache absichtlich aufgeben will (durch Dereliktion oder Zerstörung derselben).

dem Rechtsleben zur Folge haben würde. Nun liegt aber thatsächlich auch für das römische Recht die Sache etwa nicht so, dass die römische Jurisprudenz auf dem Wege der Praxis [1]) die Culpahaftung für die einzelnen Vertragsverhältnisse normirt hätte, sondern die Rechtsbildung ging hier von den vertragschliessenden Parteien aus, indem dieselben Gewohnheitsrecht schufen. In den ersten Zeiten, wo die Rechtssicherheit im Verkehr noch nicht so verbürgt war, wird es wohl kaum vorgekommen sein, dass jemand einem andern irgend etwas von Interesse anvertraute, ohne dass nicht vorher das gegenseitige Verhältnis der beiden Kontrahenten genau und zwar nach jeder Richtung hin festgestellt worden wäre. Wenn die Römer in der klassischen Zeit ihres Rechtes eine Sache deponirten, so bedurfte es freilich keiner weiteren Vereinbarung mehr; die Rechtsfolgen, welche sich an die Thatsache der Deposition knüpfen, waren damals bereits festgestellt; ganz anders aber verhielt es sich in der früheren Periode des Rechts. Hier kam der Deponent zu dem Depositar und vereinbarte mit diesem das gegenseitige Verhalten. Dass er dem Depositar gegenüber keine allzuhohen Ansprüche machen durfte, ist klar, er musste ja froh sein, wenn ihm sein Freund (und auf den engeren Kreis der amici dürfte sich auch damals das Vorkommen dieses Kontraktes beschränkt haben) die Sache überhaupt ohne Vergütung abnahm. War er dagegen bereit, solche zu zahlen, dann konnte er schon mehr verlangen, denn dann war durch den in Aussicht stehenden Gewinn auch das Interesse des Andern an dem Zustandekommen des Geschäftes engagirt. Gar aber erst beim commodatum, wo der Commodator für gewöhnlich den alleinigen Nutzen aus dem Geschäfte zog, da konnte der Commodant den Spröden spielen und dem anderen Verpflichtungen auferlegen, wie er wollte, wenn sie nur noch in dem Bereiche der Möglichkeit lagen. Denn der Commodatar hatte ja hier das alleinige Interesse an dem Kontrakte und so wird er auch gern auf alles eingegangen sein, was

[1]) Von einem legislatorischen Akte kann nach dem Gang der römischen Rechtsgeschichte wohl keine Rede sein.

natürlich nicht über die Billigkeit hinausging. So auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes müssen wir uns die Verschiedenheit des Haftungsgrades bei den einzelnen Kontrakten entstanden denken. Erst später haben dann die Juristen die von ihnen bezüglich der Haftung vorgefundene Rechtsübung schematisirt und aus den Fällen der Haftung bei den einzelnen Rechtsgeschäften als Prinzip die utilitas abstrahirt[1]), womit sie aber nicht ganz zurecht kommen[2]), da dieselbe allerdings ein Hauptbestimmungsmoment, aber nicht das einzige Moment war, das auf die Herausbildung einer strengeren oder milderen Haftung Einfluss hatte. Anders verhält es sich natürlich bezüglich der quasikontraktlichen Verhältnisse; hier konnte sich kein usus praestationis bilden und wurde deshalb die Haftung bei denselben (die ja ohnehin sämtlich späteren Ursprunges sind) von den Juristen analog den für die Kontrakte geltenden Prinzipien normirt.

Solcher Haftungsgrade, die sich auf praktischem Wege allmählich herausbildeten und dann später von der Jurisprudenz in ein festes Schema gebracht wurden, unterschied man innerhalb des Gebietes der culpa im weiteren Sinne zwei.

Ist nämlich jemand zu einem facere obligirt, so kann man von ihm verlangen, dass er blos das thue, was jeder, auch der weniger Gewissenhafte und weniger Begabte, in dem betreffenden Falle thun würde, und dass er namentlich die ihm obliegende Pflicht nicht in böswilliger Absicht vernachlässige. Es ist dies die Haftung für dolus mit Einschluss

---

1) Cf. l. 5 §§ 2, 3 dig. 13,6; l. 108 § 12 dig. de leg. I; l. 18 pr. in fine dig. 13,6; l. 17 § 2 dig. 19,5.

2) So wird bei einigen Kontrakten (societas, dos, communio incidens), obwohl hier utriusque utilitas versatur nur für diligentia quam quisque suis rebus adhibere solet gehaftet, während bei den anderen Kontrakten, wo beide Kontrahenten Nutzen haben (emptio venditio, locatio conductio) für diligentia diligentis patf. eingestanden werden muss. — Ferner haftet der Mandatar für diligentia dil. patf., obwohl er nicht den geringsten Nutzen von der Sache hat, ebenso der negotiorum gestor. Andrerseits kommt wieder der Prekarist nur für dolus auf, obwohl er allein Vorteil von dem Geschäfte zieht.

der culpa lata [1]). Geht man jedoch über diese Haftung hinaus, so bietet sich als eine brauchbare Grundlage für einen Haftungsmassstab nur der Begriff des diligens sive bonus paterfamilias dar [2]). Dieser Begriff des diligens patf. ist jedoch kein Durchschnittsbegriff, sondern als diligens wird in jedem einzelnen Falle nur der erachtet, welcher so gehandelt hat, dass kein anderer unter den gleichen Umständen es hätte besser machen können [3]). So kann derjenige, welcher sich allgemein des Rufes eines diligentissimus erfreut, in einem einzelnen Falle als minus diligens erscheinen und daher haften müssen; es gibt deshalb auch keine Kompensation, wie eine solche z. B. in anderer Beziehung beim negotiorum gestor vom Rechte gestattet ist [4]). Als kein eigener Grad der Culpahaftung dagegen ist anzusehen, die Haftung für diligentia quam quis suis rebus adhibere solet, welche für einige Kontrakte aus besonderen Gründen statuirt ist. Diese diligentia quam suis, wie man sie gewöhnlich kürzer nennt, ist nur ein relativer Begriff

1) Cf. l. 213 § 2 de V. S.: Lata culpa est nimia negligentia id est non intelligere quod omnes intelligunt, ebenso l. 223 ib. Ferner l. 29 pr. dig. 17,1; l. 1 § 1 dig. 11,6. — Über die sog. culpa lata in concreto, die meines Erachtens nichts weiter als eine praesumtio doli ist, vergleiche l. 32 dig. 16,3.

2) Dass der bonus und diligens paterf. gleich ist, scheint mir nicht zweifelhaft cf. l. 35 § 4 dig. 18,1 im Zusammenhalt mit l. 3 dig. 18,6 und l. 18 pr dig. 13,6, woraus dies mit Evidenz hervorgeht. Abgesehen davon liesse sich nicht denken, dass die Römer von einem bonus paterfamilias nicht verlangt hätten, dass er auch diligentia bethätige; denn gerade in der hervorragenden Diligenz wird sich ja wohl der bonus patf. nach aussen hin gezeigt haben. — Dass die diligentia diligentis patf. und die dil. diligentissimi patf. nur verschiedene Ausdrücke für ein und denselben Diligenzgrad sind und nicht etwa, wie behauptet worden ist, die dil. diligentissimi patf. oder exactissima dil. etwas ganz verschiedenes von der dil. diligentis patf. ist, wollen wir bei einer späteren Gelegenheit Anlass nehmen zu zeigen.

3) Cf. § 1 in fine Instt. 3,27: „ei modo alius diligentior administraturus esset negotia"; und mit besonderem Bezug auf custodia § 2 Instt. 3,14: „nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire." Sehr treffend hierüber Arndts Pand. 12. Aufl. § 86 A. 1 in fine: „Überall bedarf es verständiger und billiger Erwägung teils der Volkssitte, teils des Volkscharakters überhaupt, teils der besonderen Beschaffenheit der konkreten Verhältnisse."

4) l. 10 (11) dig. 3,5.

und kommt thatsächlich auf eine Haftung für diligentia diligentis patf. hinaus, wobei dem Beklagten blos die Einrede (i. pr. S.) gewährt ist, dass er in seinen eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgsamer zu sein pflege. — Erweist sich nun jemand, der zur dil. dil. patf. verpflichtet ist, in einem einzelnen Falle nicht als ein solcher, so spricht man von culpa levis; der Fall der (wirklichen) Haftung tritt hier ein wegen seiner culpa, die er dadurch auf sich geladen, dass er sich der desidia atque negligentia hingegeben hat[1].

Nun zurück nach dieser längeren, allerdings notwendigen Digression über die allgemeine Culpahaftung zu unserer custodia.

Da, wie wir soeben gesehen, bei den Obligationen, welche auf ein facere gehen, zwischen einer Haftung für dolus und culpa lata einerseits und einer Haftung für dil. diligentis patf. andererseits unterschieden wird (woran sich noch die Haftung für dil. quam suis nicht als besonderer Haftungsgrad, sondern vielmehr als eine bei bestimmten Verhältnissen eintretende subjektive Milderung der dil. dil. patf. reiht), so ist dies natürlich auch da der Fall, wo die Obligation ein custodire erheischt, und zwar sowohl dann, wenn custodia den einzigen, als auch wenn sie nur nebenher den Inhalt der Obligation bildet[2]. Denn das custodire ist ein facere, wie jedes andere facere,

---

1) Da diese Worte in den Quellen häufig kumulirt vorkommen, so z. B. § 3 Instt. 3,14, § 9 Instt. 3,25 etc., scheint es mir, dass sie doch nicht ganz gleichbedeutend von den Römern genommen wurden. Vielmehr bin ich der Ansicht, dass desidia das gänzliche Unterlassen einer Handlung von seite desjenigen, der dazu verpflichtet gewesen wäre, bedeutet, während negligentia (im Gegensatze zu desidia) anzeigen soll, dass zwar die schuldige Handlung ausgeführt wurde, dass bei der Ausführung jedoch nachlässig zu Werke gegangen worden ist, so dass hierdurch der Unfall möglich war.

2) Den einzigen Inhalt der Obligation bildet die custodia bei dem depositum und dem mandatum custodiae, ferner auch bei der conductio custodiae (l. 40 dig. 19,2). Gewöhnlich dagegen ist die custodia nur nebenbei Inhalt der Obligation. Vielfach wird ja die custodia stillschweigend mit der Detention als Accedens zu andern Leistungen mitübernommen. So haftet der fullo, wenn er einen Rock zum Reinigen übernimmt, in erster Linie für richtige Ausführung der Arbeit, nur nebenher kommt als selbstverständlich die Haftung für custodia in Betracht.

und was allgemein bezüglich des facere in einer Obligation gefordert wurde, verlangte man natürlich auch bezüglich der custodia. Auch was die custodia anlangt, konnte man selbstverständlich von dem, der keinen Vorteil an dem Geschäfte hatte, nicht so viel erwarten, als von dem, der den alleinigen Vorteil aus demselben zog. Die Haftung für dolus (culpa lata eingeschlossen), diligentia diligentis patf. erscheint in der Anwendung auf custodia positiv als die Forderung von zwei verschiedenen Qualitäten der custodia [1]).

Nicht verschiedene Grade der custodia unterscheidet das römische Recht (von denen die herrschende Lehre in ganz verkehrter Anschauung immer spricht) sondern verschiedene Qualitäten. Denn an das custodire als an ein Handeln liess sich nicht der quantitative Massstab anlegen, sondern nur der qualitative. Die konkrete custodia, die in einem facere besteht, was gegenüber der geltenden Lehre nicht genug betont werden kann, wird durch den abstrakten Massstab der Culpahaftung gemessen, sie ist aber nicht dieser abstrakte Gradmassstab selbst. Also Grade der culpa, Grade der Haftung — aber Qualitäten der custodia! Auf der Verwechslung dieser Begriffe beruht die ganz irrige Lehre von der custodia als einer species diligentiae; von Löhr [2]) und Hasse [3]) begründet ist sie seitdem die herrschende geworden. Erst neuerdings ist Brinz [4]) dagegen aufgetreten, welcher denn auch im Wesentlichen mit der hier dargelegten Anschauung übereinstimmt.

Wir müssen indessen dem Beweise dafür, dass custodia keine species diligentiae sein kann und auch von den Römern in der That nicht als solche angesehen wurde, noch etwas näher treten.

---

1) Die dil. quam suis in custodiendo qualifizirt sich dagegen bald als diligentia dil. patf. in custo, bald als die diligentia eines minus diligens patf. und ist sonach (weil relativ) keine besondere Qualität der custodia.

2) Löhr, Theorie der Culpa, pag. 162 ff. und Beiträge hiezu.

3) Hasse, die culpa des römischen Rechts. Kiel 1801.

4) Brinz, Pand. 2. Auflage II_1 § 268. Cf. den dort geführten Beweis.

Was vorerst den Quellennachweis dafür betrifft, dass auch die Römer nur verschiedene Qualitäten, nicht aber verschiedene Quantitäten (Grade) der custodia unterschieden haben, so ist bei genauerer Prüfung der Quellen folgendes zu konstatiren. Die römischen Juristen sprechen nirgends von einer tanta oder quanta custodia, dagegen immer [1]) von tanta oder quanta diligentia [2]). Sie unterscheiden daher wie Grade der culpa überhaupt, so auch Grade der culpa in cust$^{\underline{o}}$, sie unterscheiden aber Qualitäten der custodia, die den Haftungsgraden entsprechen und wir lesen daher immer von talis und qualis custodia [3]). Und das ist auch einzig und allein das logisch zu Rechtfertigende: es gibt kein „grosses" Schützen, sondern ein fleissiges oder nicht fleissiges Schützen; es gibt aber einen mehr oder weniger grossen Fleiss, eine mehr oder weniger grosse Schuld! Der Fleiss insbesondere war auch den Römern eine blosse Qualität, eine „Modalität" der custodia, wie sie Brinz nennt; sie war ihnen aber nicht der höhere Begriff, unter den sie die custodia subsumirt hätten, so dass custodia zur diligentia in dem Verhältnis einer species zum genus stünde. Dies beweisen ausserdem schon die zahlreichen in den Quellen vorkommenden Ausdrücke dil. in cust$^{\underline{o}}$ und dil. custodia. Wenn custodia wirklich eine species dil. wäre, so wäre doch wahrlich der Zusatz diligens oder diligentia höchst überflüssig — ein hölzernes Holz. Als eine species dil. könnte die custodia höchstens da angesehen werden, wo der Ausdruck custodia in den Quellen ohne Zusatz steht, und offenbar etwas von dem gewöhnlichen Begriff der custodia verschiedenes bedeutet, nämlich in den Fällen, wo Hasse von einer technischen custodia spricht und Löhr von einem juristischen Sinn der custodia. Dass auch diese custodia nicht das geringste mit der dil. gemein habe, sondern sich nur noch weiter von der dil. entfernt

---

1) Wo von talis dil. die Rede ist, was meines Wissens nur in § 5 Instt. 3,24 und l. 18 pr. dig. 13,6 der Fall ist, ist es eben eine schlechtere aber immerhin zulässige Ausdrucksweise (cf. den Gebrauch unseres deutschen „solch" für „so gross"). Dagegen wäre der Ausdruck tanta custodia nie und nimmer möglich!

2) z. B. § 2 Instt. 3,14; l. 1 pr. dig. 27,3 etc.

3) l. 35 § 4 dig. 18,1; l. 2 § 1 dig. 18,6; § 5 Instt. 3,24 etc.

und etwas gänzlich neben der diligentia stehendes ist, das wird sich im 2. Abschnitte dieser Abhandlung zeigen. Aber Hasse will die custodia überhaupt, wo sie nur immer vorkommt in den Quellen, als species diligentiae bezeichnen. Er sagt nämlich pag. 374 seiner „Culpa des Römischen Rechts“: „Alle custodia ist demnach diligentia“, während er doch unbegreiflicherweise ein paar Seiten vorher (pag. 371) die Behauptung aufstellt, dass von custodia ohne alle Rücksicht auf Fleiss oder Unfleiss die Rede sein könne, so z. B. wenn man fragte: Quonam tempore tibi custodia rei (depositae) commissa fuit? In diesem Sinne heisse custodiam rei committere nichts anderes als custodiendam rem dare oder servandam dare. Mit diesen letzteren Aeusserungen kann man vollständig einverstanden sein und Hasse hätte sich selbst nicht besser widerlegen können. Es sollte ihn doch schon der Umstand bedenklich gemacht haben, dass der custodia ein custodire zur Seite steht, während bezüglich des Substantivs diligentia nichts dergleichen der Fall ist. Die l. 2 § 1 dig. 18,6 ferner scheint Hasse gar nicht beachtet zu haben. Hier fragt Gaius, welche Qualität der custodia („custodiam autem . . . . . qualem“) der Verkäufer nach Mass, Zahl und Gewicht prästire, ob plena custodia, ut et diligentiam praestet oder blos dolose custodia? Also ist die custodia, bei der diligentia verlangt wird, im Gegensatz zu derjenigen, welche blos den dolus perhorreszirt, plena d. h. vollkommen, während die letztere zwar unvollkommen ist, aber immerhin custodia bleibt (cf.: „qualem custodiam“), obwohl sie von diligentia nichts weiss. — Wenn Hasse des weiteren sagt (und daraus leitet er ja seine Theorie von der custodia als species diligentiae hauptsächlich ab): „Von diligentia kann überall auf custodia und von custodia rückwärts auf diligentia geschlossen werden“, so ist das erstere richtig, weil, wenn der Kontrakt überhaupt diligentia fordert, dies bezüglich jedes facere, also auch bezüglich des custodire aus uns bereits bekannten Gründen der Fall sein muss; die letztere Behauptung aber, nämlich dass von custodia rückwärts auf diligentia geschlossen werden könne, oder anders ausge-

drückt, dass nur da von custodia gesprochen werden könne, wo auch Diligenz prästirt werde, steht und fällt mit der Annahme, dass der Depositar nicht custodia prästire, was wir aber bereits im vorigen § als falsch zurückgewiesen haben[1]).

Der Hauptbeweis aber dafür, dass die vermögensrechtliche custodia nicht als eine species diligentiae betrachtet werden kann und darf, liegt in ihrem engen Zusammenhang mit dem allgemeinen Custodiabegriff, und dies war denn auch der Grund, warum wir uns oben in der Einleitung ausführlicher mit dem letzteren beschäftigt haben. Wenn man sich diesen Zusammenhang immer vor Augen hält, wenn man bedenkt, dass wir es immer mit dem gleichen Grundbegriff zu thun haben, ob wir nun von der custodia eines Vermögensobjektes oder von der custodia eines Gefangenen sprechen, wird man nimmermehr dazu kommen können, die custodia als eine species diligentiae

---

1) Wenn übrigens Hasse und überhaupt die Vertreter der Lehre von der custodia als species diligentiae einen römischen Juristen für ihre Theorie hätten anführen können, so wäre dies einzig und allein Paulus, der allerdings nach einer aus ihm entnommenen Stelle der Digesten auf den ersten Blick als ein Anhänger oder vielmehr (da sich bei den übrigen Juristen kein ähnlicher Ausspruch findet) als der Begründer der Theorie von der species diligentiae angesehen werden könnte. Bei genauerer Prüfung wird man aber wohl zu dem Resultate kommen, dass es sich nur um eine etwas lässige Fassung handelt, die sich hier Paulus einmal hat zu Schulden kommen lassen. Die Stelle, von der ich spreche, ist l. 36 dig. 19,1, wo von der stipulatio de damno infecto die Rede ist. Hier sagt nämlich Paulus: pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem; also erkennt er eine Handlung (nämlich das stipulationem interponere) als pars diligentiae an und damit überhaupt die custodia, welche ja nur ein Inbegriff von dergleichen Handlungen ist, als einen Teil der diligentia, von welcher custodia dann nur die stip. interpositio wieder ein Teil wäre. Wenn man damit den Satz Löhrs (Theorie pag. 162): „Die cust. ist ein Teil der dil.“ zusammenhält, so könnte man allerdings darauf kommen, dass Paulus derselben Ansicht gewesen wäre, wie die Vertreter der Theorie von der species dil. Da jedoch keine andere Stelle von Paulus nur die geringste Andeutung davon mehr enthält (was doch, wofern Paulus ein solches neues Dogma hätte einführen wollen, der Fall sein müsste), so werden wir es wohl mit einem lapsus calami zu thun haben und uns damit trösten müssen, dass — quandoque bonus dormitat Homerus. Es ist hier offenbar diligentia mit cura verwechselt, denn der stip. interpositio ist wohl ein zur Fürsorge (cura) gehöriges Handeln, aber nimmermehr ein Teil des Fleisses; ein teilweiser Fleiss wäre eben kein Fleiss, sondern Nachlässigkeit.

zu charakterisiren. So aber hat man bisher bei Behandlung der Lehre von der custodia immer einseitig blos auf die vermögensrechtliche custodia geblickt oder gar nur die Haftung für custodia ins Auge gefasst. Man geht aus von der abstrakten Haftung, welche einen bestimmten Diligenzgrad erfordert und bemerkt, dass der verlangte Fleiss, wie überhaupt in den verschiedenartigsten Thätigkeiten, so auch in custodiendo sich verwirklichen kann und spricht so von der custodia als species diligentiae, indem man an die Stelle von diligens custodia, einer fleissigen Obhut, an die Stelle des den Quellen geläufigen und logisch allein zu rechtfertigenden Ausdruckes das logische Kunststück einer diligentia custodiens[1]) eines schützenden Fleisses setzt, von welch letzterer Auffassung aber die Quellen auch nicht das geringste wissen. — Indem wir ferner immer und immer wieder auf die thatsächliche Natur der custodia hinwiesen, und sie so nicht etwa als ein spezifisch römisches Institut kennzeichneten, sondern vielmehr als einen allgemeinen logischen Begriff, der nicht nur ebenso in jedem anderen Rechtssystem, sondern auch ausserhalb des Rechts seine Wirksamkeit äussert, wollten wir der Annahme begegnen, als ob die Römer erst bei einem bestimmten Fleissgrad der custodia den Namen einer solchen zuerkannt hätten: es wäre das ein Verstoss gegen die Logik, den wir den Römern nimmermehr in die Schuhe schieben dürfen; denn kein vernünftiger Mensch wird sich darüber hinwegsetzen können, dass eine noch so nachlässige Arbeit, wenn auch schlecht, so doch immerhin bethätigt ist[2]).

---

1) Im Gegensatze etwa zu einer diligentia perferens (wieder einer anderen species diligentiae!) des einen Brief überbringenden Mandatars.

2) Da wir von vornherein von der Erkenntnis ausgingen, dass die custodia nichts spezifisch römisches, sondern ein allgemein logischer Begriff ist, haben wir bei der Entwickelung der Lehre von der custodia mit dem letzteren operirt und nur immer gezeigt, dass die so aprioristisch gefundenen Resultate mit den Quellenaussprüchen des römischen Rechts im Einklang stehen und, weil allen Menschen die gleichen Denkgesetze eingeboren sind, auch stehen müssen. Für die Wahl dieser aprioristischen Behandlung der Lehre bestimmte uns wieder vor allem der Umstand, dass wir nur so glaubten, den Irrtum der Theorie von der species diligentiae ins rechte Licht setzen zu können.

Dies dürfte im Zusammenhalte mit den Ausführungen von Brinz genügen, um die Theorie von der species diligentiae sowohl vom Standpunkte der Logik als auch vom Standpunkte der römischen Jurisprudenz als gänzlich ungerechtfertigt erscheinen zu lassen. Nicht ist die custodia eine species diligentiae, sondern eine species curae, und die hier bekämpfte Lehre läuft somit im Ende auf eine Verwechslung von cura und diligentia hinaus.

Also immer und überall, beim Depositar sowohl als beim Commodatar custodia und zwar dieselbe custodia, nur je nach der Verschiedenheit des Haftungsgrades eine verschiedene Qualität. Den zwei Graden der Haftung (für dolus und diligentia) entsprechen die zwei Qualitäten der custodia, die plena, die diligens auf der einen Seite und die beliebige (nur nicht dolose) auf der andern Seite. Als dritten Grad der Haftung können wir dann die diligentia quam suis hinzufügen, wobei wir uns jedoch immer vor Augen halten müssen, dass wir es hier eigentlich mit keinem neuen Haftungsgrade, sondern nur mit einer Abschwächung der Haftung für Diligenz zu thun haben[1]). Der Haftung für dil. quam suis entspricht dann die-

---

[1]) So ist in dem Prästationskatalog Ulpians (l. 23 dig. 50,17) nur zwischen Kontrakten unterschieden, in welchen für dolus und solchen, in welchen auch für culpa gehaftet wird. Dabei sind Kontrakte, welche nur dil. quam suis und solche, welche dil. dil. patf. erfordern, ganz durcheinander aufgezählt. Ebenso in l. 5 § 2 in fine dig. 13,6. Dafür, dass die dil. quam suis nur eine Abschwächung der diligentia κατ᾽ἐξοχήν i. e. dil. dil. patf., ist das ein Beweis, dass sie doch immer noch diligentia, wenn sie auch faktisch vom Standpunkte des dil. patf. aus schon negligentia ist, sein muss; wer daher das vernachlässigt, quod omnes intelligunt, oder gar dolos handelt, wer sich also einer culpa lata oder eines dolus schuldig macht, der haftet selbst dann, wenn er nur für dil. quam suis aufkommt und mit seinen eigenen Sachen gerade so umgeht. arg. l. 24 § 5 dig. 24,3. — Ferner spricht z. B. l. 2 § 1 dig. 18,6 nur von zwei Eventualitäten in Bezug auf die Qualität der custodia, welche der venditor leisten soll; die Möglichkeit einer Haftung für dil. quam suis in custodiendo wird gar nicht erwähnt. — Andererseits gibt es eine dil. quam suis, welche nicht eine Abschwächung der dil. dil. patf. sondern vielmehr eine Erhöhung der Haftung für dolus und culpa lata ist. Wie vom Socius zunächst diligentia dil. patf. verlangt wird, er sich aber gegen eine Verurteilung wegen Vernachlässigung derselben schützen kann durch den Beweis, dass er in seinen eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgsamer zu sein pflege, so haftet der Depositar zwar nur

jenige Qualität der custodia, welche der patf. und zwar gleichviel, ob er im allgemeinen ein neglegens oder diligens ist, seinen eigenen Sachen unter den gleichen Umständen angedeihen lässt. Während nun die Quellen den Begriff des diligens patf. immer nur negativ definiren, indem sie sagen, dass in einem einzelnen Falle sich nur derjenige als diligens erwiesen hat, der so handelte, dass kein anderer es hätte besser machen können, haben wir bereits oben (Seite 39) eine positive Definition desselben mit Rücksicht auf custodia zu geben versucht, worauf wir hier verweisen. —

Da das Interesse derjenigen, welche für custodia haften, in dieser ihrer Haftung seine Begründung findet, so reicht es natürlich auch nur soweit, als die Haftung geht. Prästirt daher der Stellvertreter in der custodia z. B. nur dolus und culpa lata, so ist der dominus rei in Bezug auf sein weiter gehendes Interesse rechtlich blosgestellt. Thatsächlich kann allerdings der Stellvertreter, weil er eben ein gewissenhafter Mensch ist, mehr leisten, als vom Rechte unbedingt gefordert ist und das Bestreben des Eigentümers wird daher dahin gehen, seine Sachen nur einem gewissenhaften Menschen anzuvertrauen, der auch ohne rechtlichen Zwang als ein diligens sich erweist. Hat aber der Eigentümer diese Vorsicht ausser Acht gelassen, dann kann er sich auch nicht über sein Missgeschick beklagen: quia qui neglegenti amico rem custodiendam tradit suae facilitati id imputare debet[1]). Wo dagegen für dil. dil. patf. gehaftet wird, ist das Interesse des dominus voll und ganz vertreten, denn auch er könnte für die Sache nicht mehr thun, als der Detentor zu thun gehalten ist, da es eine Diligenz, die über die eines fleissigen Hausvaters hinausginge, nicht gibt. In diesem Falle hat daher der Eigentümer der

für dolus und culpa lata, er muss jedoch auch dann verurteilt werden, wenn er sich blosse negligentia hat zu schulden kommen lassen, der Kläger aber geltend macht und nachweist, dass er, wenn es sich um seine eigenen Sachen handelt, grössere Sorgfalt an den Tag legt. cf. l. 32 dig. 16,3. cf. hierüber und überhaupt über die Frage der Beweislast Windscheid Pand. § 265 N. 6 u. Anm. hiezu.

1) § 3 in fine Instt. 3,14. cf. l. 1 § 5 in fine dig. 44,7. § 9 in fine Instt. 3,25, l. 72 dig. 17,2.

Sache gar kein Interesse an der custodia derselben mehr, sondern dieses Interesse ist in seiner Totalität künstlich vom Rechte auf denjenigen übertragen, der für diligentia in custodiendo aufkommt. —

§ 9.

Resultate.

Wenn wir nun noch zum Schluss die Resultate, welche sich uns bezüglich der vermögensrechtlichen custodia im gewöhnlichen Sinne ergeben haben, kurz zusammenstellen wollen, so sind sie in der Hauptsache folgende:

1. Die custodia ist ihrem Begriffe nach die durch Bewachung eines körperlichen Objektes sich bethätigende Geltendmachung eines vermögensrechtlichen Interesses.

2. Der Inhalt der custodia, welche die Detention zu ihrer thatsächlichen Voraussetzung hat, ist ein doppelter; sie ist:

a) Schutz der Substanz der Sache vor Untergang, Beschädigung und Verminderung.

b) Schutz der Detention, bei allen Sachen, insoferne die letztere Voraussetzung des Schutzes der Substanz ist, nur bei beweglichen Sachen aber als Schutz des Besitzes.

3. Die custodia umfasst die Abwehr aller der Unfälle, welche von aussen an die Sache herantreten, sofern nur diesen gegenüber vernünftigerweise noch von einem Mittel der Abwehr gesprochen werden kann.

4. Das Interesse, welches durch die custodia rei gewahrt wird, ist entweder ein natürliches oder ein künstlich vom Rechte geschaffenes; in letzterem Falle spricht man von Custodiahaftung.

5. Eine Custodiahaftung ergibt sich überall da, wo die Leistung oder Rückgabe einer Sache in Frage kommt und dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis eine freie Klage zur Seite steht.

6. Nach dem allgemeinen Grade der Haftung, den ein Rechtsverhältnis mit sich bringt, bestimmt sich im einzelnen

die Qualität der Custodialeistung, welche gefordert wird; was überhaupt in Bezug auf cura verlangt wird, wird auch in specie in Bezug auf custodia erwartet, die eine species curae, nicht aber eine species diligentiae ist.

7. Daneben gibt es noch einen sachenrechtlichen Custodiabegriff, nämlich den der Besitzescustodia; wir definiren sie als die Möglichkeit für den Besitzer, die Detention seiner (beweglichen) Sache wieder zu erlangen. —

§ 10.

Die custodia des Sklaven.

Unter den Vermögensgegenständen der antiken Welt befand sich auch der Sklave und zwar war derselbe sogar eines der wichtigsten Vermögensobjekte, so dass der Reichtum geradezu nach der Zahl der Sklaven bemessen wurde. Als res corporalis war der servus an und für sich so gut, wie jede andere körperliche Sache Gegenstand der custodia, jedoch ist die letztere hier in ihrer praktischen Anwendung so sehr beschränkt, dass schon den Alten, wie uns Ulpian erzählt, Zweifel aufstiegen, ob man überhaupt beim Sklaven noch von einer custodiae praestatio sprechen könne[1]). Die Natur desselben als eines mit ratio begabten Wesens brachte es nämlich mit sich, dass eine custodia vielfach thatsächlich unmöglich, andererseits aber auch ganz unnötig erscheinen musste.

Durch die Vernunft zeichnete sich der Sklave vor allen anderen Vermögensobjekten aus und in ihr war auch sein Wert hauptsächlich begründet, indem der Herr sich dieselbe zu seinem Nutzen dienstbar machte. Der Sklave war der Diener seines Herrn, der die verschiedenartigsten Geschäfte an Stelle desselben ausführte. Namentlich finden wir den Sklaven als den Vertreter seines Herrn in dessen Abwesenheit, so zum Beispiel als Verwalter eines entfernten Landgutes etc.; man denke ferner an die gelehrten Sklaven, die paedagogi u. s. f. Aus alledem ersieht man, dass beim Sklaven,

---

1) cf. l. 5 § 6 dig. 13,6.

wenn derselbe auch rechtlich als eine in Eigentum stehende Sache betrachtet wurde, doch thatsächlich die Verbindung zwischen Eigentümer und Sache eine ungleich losere war, als bei den übrigen Sachen, was natürlich auf die custodia von entschiedenem Einflusse sein musste. Seiner Natur nach war also der Sklave nicht dazu bestimmt, immer unter den Augen des dominus zu verweilen und schon hiedurch fiel grossenteils die Möglichkeit einer custodia für denselben weg. Der eine Ausweg wäre der gewesen, dem Sklaven auf Schritt und Tritt einen Begleiter mitzugeben, wie man es etwa bei den Haustieren macht; dadurch aber wäre der Nutzen des Sklaven zum mindesten sehr zweifelhaft geworden, und man konnte doch keinem vernünftigen Menschen zumuten, einen Aufwand für custodia zu machen, der zu dem Nutzen im Missverhältnis gestanden wäre [1]). Auch der andere noch denkbare Ausweg war unannehmbar, nämlich den Sklaven einzusperren und ihn so vor schädigenden Einwirkungen von der Aussenwelt her zu schützen. Denn hier kam die custodia in Konflikt mit dem usus rei, und wo dieses der Fall ist, muss die Lösung eines solchen Konfliktes immer auf Kosten der custodia geschehen, wie wir bereits früher gesehen haben [2]). Andererseits aber musste, wie gesagt, die custodia beim Sklaven auch unnötig erscheinen. Vermöge seiner ratio war er nämlich in der Lage, sich den Schutz selbst zu leisten [3]) und soweit dabei seine körperliche Unversehrtheit in Frage kam, sorgte schon der Selbsterhaltungstrieb dafür, dass dieser Schutz auch in Wirklichkeit bethätigt wurde. War ferner der Sklave nur gut gehalten, wurde er nicht misshandelt und bekam er den nötigen Unterhalt [4]), dann hatte er auch keinen Anlass, sich stehlen zu lassen und wird sich demgemäss vor einer subreptio auch zu sichern gewusst haben.

---

1) cf. oben Seite 38 ff.

2) cf. oben Seite 40 f.

3) wie er sich auch vermöge dieser seiner ratio selbst für den Herrn detinirt. cf. oben S. 29.

4) welches gute Halten nicht unter den Begriff der custodia fällt.

Infolge dieser soeben geschilderten Umstände sahen die römischen Juristen die Custodialeistung beim Sklaven im Vergleich zur custodia der übrigen Vermögensobjekte so sehr als etwas Nebensächliches und Untergeordnetes an, dass es ihnen hier nicht mehr der Mühe wert schien, von custodia als einer besonderen species curae zu reden, sondern dass sie, was den Sklaven anlangte, die Haftung für cura nicht weiter zergliederten und so die Handlungen, welche sich als Custodiahandlungen charakterisirten[1]), einfach unter die allgemeine cura rei subsumirten. Ein gewichtiger Grund aber hiefür war für die Römer ausserdem noch darin gelegen, dass die custodia servi, hätten sie einmal eine solche angenommen, sich begrifflich, wie wir oben gezeigt haben, auf die beaufsichtigende custodia hätte ausdehnen müssen, da der Sklave ein lebendes Wesen ist, das dem Interesse des Herrn auch selbstthätig entgegenzuwirken vermag[2]). Was nun aber die Beaufsichtigung von Personen anlangt (und als solche erscheint der Sklave mit Rücksicht auf die custodia), so wissen wir bereits von früher her, dass dieselbe überhaupt nur da gerechtfertigt erscheint, wo besondere von dem Gewöhnlichen abweichende Umstände dies erheischen[3]).

1) Eine solche Custodiahandlung lag z. B. dann vor, wenn der Herr wirklich einmal dem Sklaven bei einem Angriffe auf ihn zu Hilfe kam, oder wenn er den Sklaven mit Waffen versah, um einen etwaigen Angriff abzuwehren, ferner auch wenn er für ordentliche, die schädigenden Einflüsse der Witterung abhaltende Kleidung des Sklaven sorgte, obwohl im letzteren Falle schon mehr der Gesichtspunkt der zum Gebrauch des Sklaven notwendigen Instandhaltung desselben vorherrscht. Nicht aber ist es eine Custodiahandlung, wenn der dominus für den kranken servus einen Arzt holen liess, wie Hasse annimmt (l. c. pag. 433 f. indem er die Fälle der l. 31 §§ 11, 12 dig. 21,1 als Fälle der custodia betrachtet gegen Löhr); denn hier haben wir es mit der Abwehr des inneren Verderbs zu thun, der aber ausserhalb des Umfangs der custodia liegt. cf. oben Seite 32.

2) cf. Seite 7 und 11. A. 1.

3) cf. Seite 6 und A. 2 dortselbst. Die beaufsichtigende custodia besteht beim Sklaven einerseits in Verhütung von Flucht, andererseits in Verhütung von Selbstverletzung; dass eine dieser Eventualitäten eintrete, brauchte der Herr für gewöhnlich nicht zu fürchten, wenn er seinen Sklaven nur gut behandelte. Schlechte Behandlung aber war keine omissio custodiae. Es war daher auch für das Recht kein Grund gegeben, eine spezielle Beaufsichtigung des Sklaven zu verlangen: er war non custodiendus. cf. l. 21 dig. 6,1.

So aber wäre man gezwungen gewesen, auch ohne dass solche Umstände vorgelegen hätten, die custodia auf Beaufsichtigungshandlungen auszudehnen. Um dies zu vermeiden, sprach man dann beim Sklaven überhaupt nicht von custodia.

Handelte es sich daher um die Haftung für einen Sklaven, so sagte man lediglich, es werde für culpa gehaftet und zwar auch dann, wenn die Schuld auf Nachlässigkeit im Schutze beruhte, man unterschied also nicht eine besondere culpa in custodiendo, wenn auch thatsächlich eine solche vorlag. Kam aber ein Unfall in Frage, der etwa durch Beaufsichtigung des Sklaven hätte abgewendet werden können, so konnte man überhaupt nicht von culpa in Bezug auf die Beaufsichtigung reden, da ja die letztere bei einem normalen Menschen vernünftigerweise nicht verlangt werden konnte und auch nicht verlangt wurde. Daher werden die fugae servorum, qui custodiri non solent [1]) immer unter den Fällen der vis maior aufgezählt: es war hier von vorneherein klar, dass eine culpa in custodiendo nicht begangen sein konnte, da ja eine custodia nicht verlangt war. Ebenso sind die Fälle der Selbstentleibung eines Sklaven unter den mortes, quae sine dolo et culpa accidunt inbegriffen, welche letztere ebenfalls als vis maior von den Quellen charakterisirt werden [2]). Nicht dagegen finden wir als vis maior aufgeführt die subreptio servi; denn hier war nicht ohne weiteres anzunehmen, dass keine culpa (z. B. des Commodatars) in Bezug auf Schutz mitunterlaufe, wenn auch diese Schuld nicht ausdrücklich als culpa in custodiendo bezeichnet wurde [3]).

Wir haben im vorausgehenden die ratio als das Moment kennen gelernt, das in der soeben beschriebenen Weise modifizirend auf die custodia beim Sklaven einwirkte; weil der

---

1) und custodirt zu werden pflegen eben die normalen Sklaven nicht. cf. l. 23 dig. 50,17; l. 18 pr. dig. 13,6.

2) cf. ll. citt.

3) Hatte z. B. der Commodatar des Nachts die Hausthüre unverwahrt gelassen, und der Sklave wurde entwendet, dann lag thatsächlich entschieden eine culpa in custodiendo vor.

servus allein von allen res mit Vernunft begabt war, kam ihm auch allein diese Ausnahmsstellung zu. Infolge seiner Begabung mit Vernunft war der Sklave in der Lage, dem Gebote des ihm innewohnenden Selbsterhaltungstriebes Folge leistend, sich selbst von jedweder Verletzung zu bewahren; wurde er ferner von seinem Herrn (oder dessen Stellvertreter) nur gut behandelt, so zeigte ihm wieder seine Vernunft, dass sein eigenes Interesse mit dem des Herrn Hand in Hand gehe, und er hatte so keinen vernünftigen Grund, dem Interesse desselben in Bezug auf seine Person zuwiderzuhandeln. All das traf aber bisweilen nicht zu, nämlich wenn in einem einzelnen Fall die Vernunft durch irgend welchen Umstand in ihrer freien Wirkung nach aussen ganz oder teilweise gehindert war. Sobald daher dies der Fall war, musste auch die custodia (und zwar hier sowohl als beschützende als auch als beaufsichtigende) voll und ganz eintreten. Dies erkennt Ulpian an, wenn er dem Zweifel der veteres gegenüber sagt, dass „interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare“ [1]).

War also der Sklave im Kindesalter, wo seine ratio noch nicht zur völligen Entwickelung gelangt war, oder war er bereits ein hochbetagter schwacher Greis, bei dem das Handeln mit dem Willen nicht mehr Schritt zu halten vermochte, so bedurfte er der custodia; in beiden Fällen hatte man es mit keinem normalen Menschen zu thun, der sich den Schutz hätte selbst leisten können und es war daher ein Fall der custodia gegeben. Die Wirkung der Vernunft konnte aber gehindert sein auch noch durch andere Umstände, z. B. durch Geisteskrankheit, vor allem aber durch den bösen Willen des Sklaven, der auf die Stimme seiner ratio eben nicht hören wollte. Das letztere war der Fall beim homo fugitivus und erro [2]) und auch hier war demgemäss die custodia am Platze. Der Herr, der seinen

---

1) l. 5 § 6 dig. 13,6 cit.

2) Über den Unterschied zwischen fugitivus und erro cf. l. 17 § 14 dig. 21,1.

Sklaven als Ausreisser kannte, versäumte es natürlich nicht, ihn zu beaufsichtigen, indem er ihn thunlichst unter seinen Augen beschäftigte; gab er ihn aber vorübergehend an einen Andern weg, so musste er selbstverständlich diesen auf die Abnormität des Sklaven aufmerksam machen, wenn diese nicht schon so wie so kenntlich war; nur dann konnte er auch z. B. von dem Commodatar custodia verlangen, nur dann haftete dieser für custodia. So spricht Ulpian in der oben angeführten Stelle davon, dass der Commodatar custodia prästiren müsse, wenn der Sklave ihm gefesselt überliefert wurde, wodurch er ja als ein Ausreisser gekennzeichnet war. Übergab ihn der Herr aber ohne Fesseln, dann musste er den Commodatar entweder ausdrücklich von der schlechten Eigenschaft seines Sklaven verständigen oder sich geradezu custodia versprechen lassen[1]). Denn sonst war der Commodatar, wenn der Sklave flüchtig ging, ohne alle Schuld, gerade so gut, wie der bonae fidei possessor der l. 21 dig. 6,1, sofern nur der servus äusserlich integrae opinionis zu sein schien. —

Während also bei normalen Verhältnissen die schützende custodia nicht als solche unter ihrem eigenen Namen, die beaufsichtigende custodia aber überhaupt nicht auftritt, muss hier custodia prästirt werden, und zwar erstreckt sich diese custodia servi von selbst sowohl auf Schutz- als auch Beaufsichtigungshandlungen, geradeso wie dies bei den anderen lebenden Wesen, z. B. bei den Haustieren der Fall ist, welche der ratio entbehren. Liegt demnach einer der oben bezeichneten Umstände vor, so steht der Sklave mit den anderen lebenden Wesen auf gleicher Stufe, sonst aber nicht. Die Tiere sind jederzeit Gegenstand der custodia und zwar auch dann, wenn sie die consuetudo revertendi haben. Auch in letzterem Falle muss ihr Besitz geschützt werden, nur gilt er solange für geschützt, als beim Tiere die consuetudo revertendi vorhanden ist[2]).

---

1) cf. § 3a Instt. 3,23.

2) Wie die aves mansuetae factae in l. 3 § 15 dig. 41,2. An den ungezähmten Vögeln dagegen geht der Besitz sofort verloren, sobald sie aus dem Käfig entwischen. cf. l. 3 § 15 cit.

Der Sklave dagegen detinirt, wie schon oben bemerkt, sich selbst, er ist der Stellvertreter des Herrn in der Detention seiner selbst. Freilich war dann auch der Besitz am Sklaven sofort verloren, wenn derselbe nicht mehr seinem Herrn gehören wollte, wenn er nur diesen Willen irgendwie äusserlich kundgegeben hatte, und zwar war der Verlust des Besitzes auch dann schon eingetreten, wenn der Sklave sich noch innerhalb der objektiven custodia z. B. in dem nachts versperrten Hause befand, sich aber bereits versteckt hielt, um am nächsten Morgen aus demselben zu entfliehen[1]). So unabweisbar sich nun auch diese Konsequenz ergibt, so sehr sträubte sich der stolze Römer gegen den Gedanken, dass durch einen Sklaven, den er als blosse Sache zu betrachten gewohnt war, das Besitzesrecht des Herrn der Welt sollte aufgehoben werden können und daher sagen denn Ulpian und Gaius, dass man selbst am ausgerissenen Sklaven die possessio noch zu haben scheine[2]).

II. Abschnitt.

Die custodia im technischen Sinne.

§ 11.

Einleitung.

Wir haben im ersten Abschnitte gesehen, dass überall da für custodia gehaftet wird, wo es sich um eine res corporalis handelt und dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis keine strenge actio zur Seite steht, sei es nun, dass die Haftung für custodia eine primäre ist oder nur accessorisch zu dem

---

1) Dem Gesagten steht l. 17 § 15 in fine dig. 21,1 nicht entgegen; dieselbe verneint nur, dass der Sklave, solange er noch innerhalb der objektiven Custodia sich befinde, ein fugitivus sei, was ja auch seine Richtigkeit hat.

2) „videri“. l. 13 pr. dig. 41,2: „ne ipse nos privet possessione (Ulpian), während Gaius (l. 15 eod.) feiner sich durch ein sophistisches Kunststück zu helfen sucht.

übrigen Inhalte der Haftung hinzukommt. So sind wir zu dem Resultate gelangt, dass auch der Depositar für custodia aufkomme, ja dass er geradezu vor allen übrigen zur custodia verpflichtet sei, indem beim Depositum die custodia die ganze durch die Obligation begründete Haftung erfüllt. Hat sich uns dies vorzüglich aus dem totum fidei eius commissum est, quod ad custodiam rei pertinet der l. 1 pr. dig. 16,3 mit voller Bestimmtheit ergeben, so finden wir dagegen in den Quellen noch einen anderen Ausspruch, welcher den Depositar mit eben solcher Bestimmtheit von der Haftung für custodia ausnimmt. Eine Institutionenstelle, nämlich § 17 (19) Instt. 4,1 sagt ausdrücklich:

Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat . . . .

was zunächst als der obigen Digestenstelle direkt widersprechend erscheint. Aber man braucht nicht einmal die Institutionen heranzuziehen, dieselbe l. 1 von Ulpian, welche in ihrem principium den Depositar so deutlich als für custodia haftend erklärt, thut per arg. e contrario in ihrem § 35 denselben Ausspruch, wie die Institutionen, indem sie sagt, dass nur derjenige, qui se deposito obtulit, non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam prästire. Nachdem nun, wie soeben gezeigt, derselbe Jurist und noch dazu in demselben Fragmente diese divergirenden Aussprüche thut, darf wohl ein wirklicher Widerspruch als ausgeschlossen angesehen werden, und ist man daher von jeher bestrebt gewesen, diese scheinbar direkt entgegengesetzten Aussprüche zu vereinigen.

Zunächst nun bietet sich uns in den Quellen, wenn wir die zahlreichen Stellen, welche von custodia sprechen, mit einander vergleichen, noch eine andere auffallende Erscheinung dar, welche mit dem bemerkten Widerspruche schon auf den ersten Blick in Zusammenhang zu stehen scheint. Wir finden nämlich viele Aussprüche, in denen der Schuldner neben dolus, culpa oder diligentia noch eigens für custodia haftbar erklärt wird[1]). Nach dem bisher über custodia Gesagten wäre hierin

1) cf. z. B. gleich den soeben cit. § 35 der l. 1 dig. 16,3.

ein Pleonasmus, den sich die Juristen hätten zu Schulden kommen lassen, zu erblicken; denn, wer für culpa oder diligentia überhaupt haftet, haftet auch für culpa bezw. diligentia in cust°, sobald nur die thatsächlichen Voraussetzungen für eine Custodiahaftung gegeben sind. Dies kann aber doch angesichts der Kürze und Prägnanz, deren sich die römischen Juristen sonst bedienen, so lange sich noch ein Ausweg darbietet, nie und nimmer angenommen werden[1]), besonders wenn man dazu noch die Häufigkeit der Erscheinung solcher Aussprüche in dem Corpus iuris und ausserhalb desselben in Betracht zieht[2]). Auch die Zusammenstellung so verschiedenartiger Begriffe an sich, nämlich von dolus, culpa und diligentia einerseits und von custodia andererseits, hat man zu erklären gesucht und immer mit dem oben erwähnten Widerspruch der Quellen in Zusammenhang gebracht. Dass custodia hier nicht den gewöhnlichen Sinn haben könne, sondern in einem andern Sinn gebraucht sein müsse, dass also die römischen Juristen einen doppelten Begriff der custodia[3]) unterschieden haben, darin sind alle Erklärer und zwar mit Recht einig, mögen sie nun zwischen einer custodia im „vulgären" und „technischen"[4]) oder zwischen custodia im „gewöhnlichen" und „juristischen" Sinne[5]) oder sonstwie unterscheiden.

§ 12.

Die herrschende Lehre.

Die hervorgehobene doppelte Erscheinung steht mit der von uns entwickelten Natur der custodia direkt im Widerspruch; diesen Widerspruch nun zu lösen, wird die Aufgabe

---

1) cf. Pernice Labeo II, 346 (2).

2) custodia wird z. B. erwähnt a) neben diligentia: l. 5 § 15 dig. 13,6; Paul. R. S. II, 4 § 3, b) neben culpa: l. 1 § 35 dig. 16,3; l. 13 § 1 dig. 13,7; l. 19 Cod. 8,13 (14); c) neben dolus: l. 1 § 35 cit. l. 10 § 1 dig. 13,6; l. 28 Cod. 4,65.

3) nicht auch des „custodire"; letzteres hat immer die Bedeutung der gewöhnlichen custodia.

4) So Hasse und in einem etwas anderen Sinne Windscheid.

5) So Löhr.

dieses Abschnittes sein; denn dass es eine Lösung geben müsse, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen.

Bevor ich jedoch daran gehe, selbst eine Lösung des Rätsels in Vorschlag zu bringen, muss ich zunächst die Lehre, welche gegenwärtig die herrschende ist, mit einigen Worten beleuchten. Der Begründer derselben ist Hasse, den wir schon oben als Urheber der species diligentiae kennen gelernt haben. In seiner „Culpa des römischen Rechts" sagt er nämlich (pag. 375) wörtlich folgendes: „Wie die dil. dil. patf. in einem vorzüglichen Sinne diligentia heisst, und dieses Wort ohne Zusatz und nähere Bestimmung gebraucht, diesen engeren und engsten Sinn hat, so kann es nun wiederum nicht fehlen, dass custodia i. e. dil. in custodiendo (!) schlechthin gebraucht, ebenso den engeren Sinn haben und auf dil. plena in custº gehen müsse." Hasse nimmt also da, wo das Wort custodia schlechthin in den Quellen gebraucht wird, einen engeren Sprachgebrauch des Wortes custodia an, indem er es mit dem ebenfalls in den Quellen vorkommenden Ausdruck dil. (dil. patf.) in custº für identisch erklärt. Wenn nun aber auch zugegeben werden muss, dass nur derjenige, welcher diligentissimus ist, in einem gewissen Sinne als diligens bezeichnet werden kann, und so die dil. dil. patf. als diligentia κατ' ἐξοχὴν erscheint, so können wir doch nicht, was wir schon zu betonen Gelegenheit hatten, in gleicher Weise sagen, dass nur der custodia prästire, welcher dil. in custº, d. h. eine gute Qualität von custodia leisten müsse; kurz, solange man an der custodia als einem facere festhält (und das muss man, wie wir bereits gezeigt haben), wird man sich nie vorstellen können, wie custodia zu der Bedeutung von dil. in custº hätte kommen sollen; denn wie schon gesagt, wenn ich auch eine Arbeit schlecht verrichte, so wird man doch nicht sagen können, dass ich gar nicht gearbeitet habe. Übrigens würde dadurch der Pleonasmus, der darin liegt, dass custodia noch neben diligentia vorkommt, nicht aufgehoben. Denn was soll es heissen, wenn z. B. in l. 5 § 15 dig. 13,6 gesagt wird, der Commodatar müsse diligentiam et custodiam prästiren, also nach Hasses Er-

klärung diligentiam et diligentiam in custodiendo? Die Hervorhebung der dil. in cust° wäre hier völlig überflüssig, da es sich ja nach dem Prinzip der Einheit des Haftungsgrades[1]) von selbst versteht, dass derjenige, welcher allgemein für dil. einsteht, auch bezüglich der custodia für dil. haften müsse. Überhaupt ist es geradezu undenkbar, dass die Römer einen so leicht zu Missdeutungen Veranlassung gebenden Begriff der custodia geschaffen haben sollten, der noch dazu ganz und gar überflüssig gewesen wäre, da sie mit dil. in cust^o und dil. custodia und ähnlichen Wendungen ganz dasselbe bezeichnen konnten, wie sich denn auch diese Ausdrücke zu wiederholtenmalen in den Quellen finden[2]). Dies haben denn auch selbst die Anhänger der Hasse'schen Theorie von der custodia als species diligentiae (denn wohl nur von dieser Theorie aus kann man zu der von Hasse gegebenen Erklärung kommen) gefühlt und sie suchten daher den technischen Begriff von custodia, wie ihn Hasse aufgestellt hatte, etwas zu modifiziren.

Es drängt sich uns nämlich, wenn wir den Gesamteindruck der Quellenerzeugnisse über custodia beachten, die unabweisbare Vermutung auf, dass es einen Custodiabegriff geben müsse, der über die Diligenz hinausliegt. So wurde schon Hasse wohl unbewusst zu Andeutungen gedrängt, die die custodia im technischen Sinne als eine diligentia, die über die dil. dil. patf. wenigstens in gewissen Fällen noch hinausgeht, erscheinen lassen[3]). Ausdrücklich spricht dies Windscheid[4]) aus, indem er erklärt, dass die Verpflichtung zur „technischen" custodia eine Haftung zur Vornahme von ausserordentlichen, das ge-

---

1) Das, wie wir oben gesehen haben, in der auf praktischem Wege vollzogenen Herausbildung des Haftungsgrades für die einzelnen Rechtsverhältnisse seine Begründung findet.

2) §§ 2, 4 Instt. 3,14; l. 1 § 3 dig. 44,7; l. 5 § 5 dig. 13,6; § 5 Instt. 3,24 und noch öfter.

3) cf. Pernice Labeo II, 346 A. 1.

4) Windscheid Pand. II § 264 Seite 58, Seite 443 ff. Auch Goldschmidt verteidigt diese Lehre von der erhöhten Diligenzhaftung für das receptum nautarum in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Bd. III Seite 58 ff. Ebenso Seuffert und Vangerow in ihren Pandekten.

wöhnliche Mass der Diligenz noch übersteigenden Vorsichtsmassregeln sei. Windscheid scheint dabei den Fall des nauta etc. im Auge gehabt zu haben, wo die Haftung aus dem receptum zum Teil auch als custodia bezeichnet wird und doch daneben gesagt ist: „omnimodo qui recepit tenetur"[1]). Aber auch dadurch ist soviel wie nichts gewonnen. Denn eine unbedingte Haftung, wie sie doch in dem „omnimodo qui recepit tenetur" ausgesprochen ist, und wie sie demgemäss für den nauta und die ihm gleichgestellten Personen des Edikts die meisten Autoren auch annehmen und eine Haftung, wenn auch für ausserordentliche Obhut ist meines Erachtens immer noch sehr zweierlei. Es lassen sich nämlich leicht Fälle denken, wo eine Sache überhaupt nicht, d. h. selbst nicht mit einer ausserordentlichen Vorsicht geschützt werden konnte im konkreten Fall, ohne dass gerade vis maior vorzuliegen braucht. Nach Windscheid müsste in einem solchen Falle der betreffende Custodient trotz seiner Haftung für ausserordentliche Obhut frei ausgehen, während doch nach dem Edikt des nauta schlechterdings für jeden casus gehaftet werden soll, der sich nicht als vis maior charakterisirt. Windscheid scheint indes die technische custodia auf die Fälle des receptum und diejenigen Fälle, in welchen jemand ausdrücklich custodia verspricht, beschränken, sonst aber die custodia (wohl wieder in einem anderen technischen Sinne?!) gleich der dil. in cust° nehmen zu wollen, wodurch die Schwierigkeit jedenfalls für diese Fälle nicht gehoben wäre[2]). Aber selbst von dieser auf wenige Fälle eingeschränkten Erhöhung der Haftung findet sich in den Quellen auch nicht die leiseste Andeutung. Da wo sie von custodia ohne jeglichen Zusatz sprechen, sollen sie bald nur dil. in cust°, bald aber eine darüber hinausgehende Haftung verlangen und dieser Bedeutungsverschiedenheit soll trotz der zahlreichen Fragmente, welche von custodia handeln, auch nicht ein einzigesmal Erwähnung gethan sein. Ich glaube,

---

1) l. 3 § 1 dig. 4,9.

2) so z. B. für den des Commodats cf. l. 5 § 15 dig. 13,6.

dass dies genügt, um auch die von Windscheid modifizirte Meinung Hasses als irrig erkennen zu lassen; sie ist wohl eine notwendige Folge davon, dass man die custodia als species diligentiae auffasste und vom Standpunkte dieser Lehre aus konnte man trotz Aufwand alles Scharfsinns, den man ja der Konstruktion von Windscheid nicht absprechen kann, zu keinem besseren Resultate gelangen. Man musste eben suchen, sich mit der custodia innerhalb des Begriffes der diligentia abzufinden; man sah einerseits freilich, dass sie etwas über diligentia hinausgehendes sein müsse, andererseits aber wollte man sie trotzdem noch unter den Begriff der dil. bringen, um die Theorie von der species diligentiae zu retten, und war so zu der Annahme gezwungen, dass es neben der dil. des fleissigen Hausvaters noch eine gesteigerte dil. gebe, bei der allerdings mehr als gewöhnlich verlangt werde, aber doch wieder nur diligentia. Aber schon angesichts der Quellen dürfte eine solche Unterscheidung zwischen diligentia und diligentia unhaltbar erscheinen; sagen sie ja doch geradezu an mehreren Stellen, dass es etwas über die Diligenz eines fleissigen Hausvaters hinausliegendes nicht gebe, indem sie nur den als einen diligens paterfamilias gelten lassen, der in einem speziellen Falle eine Sache so custodirt hat, dass es kein anderer hätte besser machen können [1]. Auch nach der von uns oben gegebenen Definition des dil. patf. mit Rücksicht auf custodia ist eine Steigerung geradezu ausgeschlossen. Denn was die Vernunft von dem Menschen fordert, wird ja schon von dem dil. patf. verlangt. Eine Steigerung könnte höchstens darin liegen, dass man fordern würde von demjenigen, der dieser ausserordentlichen Haftung unterläge, dass er zu Gunsten der Sicherheit der Sache auch auf den Gebrauch derselben Verzicht leiste oder dass er Mittel anwende, welche im Missverhältnis zu dem mit der Sache verbundenen Interesse stünden. In dieser Hinsicht können wir daher nur dem Verdammungsurteile bei-

---

[1]) und zwar sagen sie dies von dem dil. patf., der nach Windscheid nur für die gewöhnliche Sorgfalt aufkäme, so z. B. vom neg. gestor cf. § 1 Instt. 3,27. Was bleibt denn da noch für die gesteigerte Obhut übrig?

pflichten, das Puchta in einer allerdings derben Weise über die Theorie von der aussergewöhnlichen Obhut gefällt hat, indem er sagt: „Über die Sorgfalt eines dil. patf. hinaus liegt nur die Sorgfalt eines Narren“[1]). Zu alledem kommt noch, dass man praktisch kaum viel mit dem Begriff einer gesteigerten Obhut wird anfangen können; wo soll denn in einem konkreten Falle die Grenze zwischen gewöhnlicher und gesteigerter Diligenz liegen? Wodurch sollen sich denn ordentliche und ausserordentliche Vorsichtsmassregeln unterscheiden? Meines Erachtens ist jedes Mittel, das vernünftigerweise angewendet werden kann, ein ordentliches Schutzmittel und es wird daher Sache jedes fleissigen Hausvaters sein, dasselbe anzuwenden[2]). —

Würde übrigens custodia da, wo das Wort ohne Beisatz

1) Puchta, Vorlesungen II, 99. cf. oben S. 39.

2) Allerdings gibt es eine, wenn man sich so ausdrücken will, gesteigerte custodia, wobei jedoch die Steigerung nicht etwa in der Forderung erhöhter Diligenz, sondern in der Forderung einer gewissen technischen Fertigkeit besteht, wie dies bei der custodia des conductor operis oder locator operarum, der das Hüten einer Tierherde übernimmt, der Fall ist. Letzterer haftet aber dann, wenn die Herde deswegen Schaden nimmt, weil ihm die nötigen Voraussetzungen für einen tüchtigen Hirten gefehlt haben, nicht unter dem Gesichtspunkte der custodia, also für negligentia in custo, sondern für imperitia, welche mit der custodia so wenig zu thun hat als mit der culpa in non faciendo überhaupt. Denn hier liegt die Verschuldung schon von vornherein in der Übernahme des opus. Er hat sich etwas zugetraut, was er sich nicht hätte zutrauen sollen; er für seine Person kann ja diligentissimus in custo. gewesen sein, deswegen ist er doch nicht frei von Haftung; er haftet: quippe ut artifex conduxit (l. 9 § 5 dig. 19,2). Über den Begriff der imperitia s. Pernice Labeo II, 338. Wenn sonach der conductor custodiae (cf. l. 40 dig. 19,2) für diligentia aufkommt, so heisst dies, dass er sich seiner Aufgabe so entledigen müsse, dass kein anderer von seinem Geschäfte es würde besser machen können. Hier ist dann allerdings der Begriff des dil. patf. ein besonders qualifizierter, wie natürlich überall, wo besondere Fachkenntnisse für gewisse Verrichtungen die Voraussetzung bilden. Dass diese technische custodia aber durchaus nichts von einer gesteigerten Diligenz weiss, geht daraus hervor, dass wir uns recht gut denken können, dass ein Schäfer (der z. B. zeitweilig eine andere Herde von einem Kameraden unentgeltlich übernommen hat) nur für dolus und culpa lata haftet, aber trotzdem für technische custodia. Hat er eine Vorsichtsmassregel, die dem Laien unbekannt ist, die aber von den Schäfern „omnes intelligunt“, ausser Acht gelassen, so haftet er in Folge seiner culpa lata, die er sich hat zu schulden kommen lassen in Bezug auf die hier technische Fertigkeiten erfordernde custodia.

in den Pandekten vorkommt, wirklich dil. in cust$^{\underline{o}}$ oder eine noch darüber hinaus gesteigerte Haftung für Diligenz bedeuten, so hätten wir allerdings zweifellos eine custodia, welche species diligentiae wäre; denn hier würde die Diligenz ein wesentliches Merkmal dieser so bestimmten custodia bilden, was bei der gewöhnlichen custodia, wie wir gesehen haben, durchaus nicht der Fall ist. —

Durch die unüberwindlichen Bedenken, welche der Auffassung von Hasse und seinen Anhängern gegenüberstehen, haben sich denn auch in neuerer Zeit mehrere Autoren veranlasst gesehen, gegen dieselbe aufzutreten. Sämtlich gehen sie von der richtigen Überzeugung aus, dass die custodia[1]) etwas von dil. unabhängiges sein oder doch ein mit der dil. nicht zusammenhängendes Merkmal in sich tragen müsse, das sie von derselben unterscheidet; denn nur so lässt sich, wie sie richtig erkannten, für das Nebeneinanderstehen der beiden Ausdrücke eine genügende Erklärung finden[2]). Vor allem aber hat Brinz[3]) meines Wissens zuerst das von der Diligenz ganz unabhängige Merkmal des voluntate domini tenere als dem Custodiabegriff wesentlich aufgestellt und hiermit zugleich den Weg gezeigt, der allein geeignet ist, uns der Lösung des Rätsels entgegenzuführen[4]).

§ 13.

Die Haftung für furtum und die actio furti.

Wenn wir die Stellen, in welchen custodia ohne jeden auf Diligenz bezüglichen Beisatz in den Quellen gebraucht

---

1) Wir gebrauchen von jetzt an der Kürze halber dieses Wort immer im technischen Sinne, wenn wir nicht ausdrücklich von custodia im gewöhnlichen Sinne sprechen.

2) So Pernice (Labeo II S. 345 ff.), der die custodia wenigstens für die ältere Zeit als eine von der dil. unabhängige Fidespflicht auffasst. Eine besondere Stellung nimmt ein Baron (Archiv für civilistische Praxis Bd. LII S. 44 ff.), der die custodia zwar nicht von der dil., aber doch von der culpa frei zu machen sucht.

3) cf. Brinz, Pand. § 269.

4) Ich unterlasse es, an dieser Stelle ausführlich über die Ansicht von Brinz und der anderen Autoren zu referiren, indem sich in der folgenden Dar-

wird, einer näheren Prüfung unterziehen, so ist es vor allem eines, was sofort auffällt, dass nämlich fast in allen diesen Stellen auch von der actio furti gesprochen wird[1]), und dass andererseits geradezu überall, wo neben der actio furti der custodia Erwähnung geschieht, immer custodia schlechthin, nie aber auch nicht ein einzigesmal custodia diligens oder ein ähnlicher Ausdruck sich findet[2]). Diese auffallende Beobachtung muss uns von vorneherein auf die Vermutung führen, dass zwischen der custodia im technischen Sinne (und wir wollen sie vorerst, solange wir ihre wahre Natur noch nicht erkennen und deshalb keinen besseren Namen für sie haben, zum Unterschiede von der custodia im gewöhnlichen Sinne so nennen) und zwischen der actio furti eine besondere Beziehung stattfinden müsse. Um aber diese Beziehung feststellen zu können, ist es nötig, zuvor auf die actio furti und auf die Haftung für Diebstahl überhaupt etwas näher einzugehen.

Vor allem ist klar, dass es sich bei einer Betrachtung der custodia im Hinblick auf furtum nur um bewegliche Sachen

---

stellung meiner eigenen Auffassung wiederholt Gelegenheit bieten wird, darauf in den Anmerkungen zurückzukommen. Was Brinz betrifft, siehe auch oben S. 61 A. 1.

1) So l. 5 § 15 dig. 13,6; l. 10 eod. ferner in den zahlreichen Stellen im tit. de furtis 47,2. Vgl. ausserdem noch § 16 (17) und 17 (18) Instt. 4,1.

2) Die Stellen, in welchen von custodia mit Beziehung auf Diligenz gesprochen wird, sind: §§ 2, 4 Instt. 3,14; l. 1 § 3 dig. 44,7; l. 5 § 5 dig. 13,6; § 5 Instt. 3,24; l. 2 § 1 l. 3 dig. 18,6 und nirgends ist hier von der actio furti die Rede. Wo die actio furti auftritt, finden wir immer custodia allein gebraucht, cf. die Stellen in der vorigen Anmerkung. Es soll damit natürlich nicht gesagt sein, dass die actio furti gegenüber von custodia im gewöhnlichen Sinne nicht vorkommen könnte. Die besprochene Erscheinung erklärt sich lediglich, wie sich zeigen wird, dadurch, dass die Juristen keinen Anlass fanden, bei der gewöhnlichen custodia von der actio furti zu reden und umgekehrt, wohl aber im Zusammenhange mit der custodia im technischen Sinne. — Besonders lehrreich sind in dieser Beziehung die Institutionen. Diese sprechen durchweg von diligens custodia, diligentia in custo. und ähnlichen Ausdrücken (cf. §§ 2, 4 Instt. 3,14 § 5 Instt. 3,24, was namentlich in Bezug auf die erstere Stelle auffällig erscheint, wo sie die Custodiahaftung ex professo behandeln): da kommen sie in dem tit. de actt. 4,1 auf die actio furti zu sprechen, und auf einmal von einem auf dil. hinweisenden Zusatz zur custodia aber auch keine Spur mehr!

handeln kann, da es ja, wie wir schon oben gesehen haben, ein furtum an einem Immobile nicht gibt[1]). Bei den Mobilien aber ist der Schutz gegen Besitzesentziehung nur um so wichtiger. Daher müssen denn auch diejenigen, welche für den Schutz einer beweglichen Sache haften, vor allem für die Abwendung der dem Besitze an der Sache drohenden Gefahren aufkommen und namentlich ist es die heimliche Entwendung (subreptio, furtum i. e. S.), gegenüber welcher diese Verpflichtung zum Schutze eintritt.

Auch die Haftung für Diebstahl (furtum i. e. S.) ist natürlich, wie die Haftung für Obhut einer Sache überhaupt, nach der Natur des jeweilig vorliegenden Rechtsverhältnisses eine verschieden strenge. Bald beschränkt sie sich auf dolus und culpa lata, bald steigert sie sich bis zur dil. dil. patf. oder tritt in der ermässigten Form der dil. quam suis auf. Wie nun bereits im ersten Abschnitte dargestellt, wird durch diese Haftung und daher auch nur soweit diese Haftung reicht, das Interesse, das der Eigentümer daran hat, dass seine Sache geschützt werde, in ein persönliches Interesse des custodiens verwandelt. Der letztere hat ein eigenes (allerdings künstlich geschaffenes)[2]) Interesse daran, dass die Sache nicht abhanden komme, weil er dafür einstehen muss, aber auch nur soweit er dafür einstehen muss: eatenus eius interest, rem non subripi, quatenus custodiam praestat. Derjenige also z. B., welcher für dil. quam suis aufkommen muss, hat nur ein Interesse daran, dass die Sache nicht infolge einer negligentia in suis rebus non consueta gestohlen werde; ist er auch bezüglich seiner eigenen Sachen kein dil. patf., so hat er doch an einer Erhöhung des ihm bei seinen Angelegenheiten gewöhnlichen

---

1) und zwar gilt dieser Satz für jegliches furtum, auch das gewaltsame. Daher verteidigt derjenige, welcher sich gegen den Dejizienten wehrt, nicht seine Detention, sondern nur seinen animus rem sibi habendi, wie oben dargestellt (S. 30). Denn, wäre das erstere der Fall, so müsste wenigstens der vi deiectus die furti actio anstellen können. Es kann darum auch nicht die Verteidigung gegen den Dejizienten als custodia, als Schutz der Detention, aufgefasst werden. cf. l. 25 pr. und namentlich § 1 dig. 47,2.

2) cf. oben S. 52.

Eifers kein Interesse; er behandelt daher die fremde Sache auch in Bezug auf custodia wie seine eigenen. Hier ist das Interesse des Eigentümers nicht vollkommen gewahrt, da dasselbe die Anwendung der Sorgfalt eines fleissigen Hausvaters fordert, der Eigentümer aber für den Fall, dass der Schuldner sich nicht als dil. patf. ausweist, weder mehr als dil. quam suis verlangen, noch selbst den Schutz der Sache vervollständigen kann, indem er dieselbe nicht in seiner Hand hat. Das gleiche ist, nur in weit höherem Masse, auch da der Fall, wo der Schuldner gar blos dolus prästirt. Ist derselbe dagegen nach der Natur des Rechtsverhältnisses für dil. dil. patf. verhaftet, so ist hier (da wir die dil. dil. patf. als das höchste, was an Sorgfalt geleistet werden kann, kennen gelernt haben) kein Interesse des Eigentümers an der custodia als solcher mehr vorhanden; er könnte ja auch nicht mehr für die Sache thun, als sein Schuldner zu thun vom Rechte gehalten ist[1]. Was die custodia anlangt, kann man sonach mit spezieller Beziehung auf den Diebstahl von einem solchen Schuldner[2]) mit Recht sagen: eius interest rem non subripi, non domini. — Ist nun da, wo für dil. dil. patf. gehaftet wird, das Interesse des Eigentümers in Ansehung der custodia erloschen, so ist dies mit nichten der Fall bezüglich des Mittels, welches das Recht dem Eigentümer an die Hand gibt, um sein Interesse zu wahren, nämlich in Ansehung des Rechtsschutzes. Da auch der Rechtsschutz seinen Grund im Interesse hat, in-

---

1) cf. oben S. 80 f. So sagt l. 38 pr. dig. 39,2 mit Bezug darauf, dass der Käufer ante traditionem, nicht de damno infecto stipuliren kann: emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet. Paulus sagt hier, dass das Recht keine Veranlassung habe, den Käufer zu der von ihm als Bethätigung der custodia aufgefassten damni infecti stipulatio zuzulassen, da ja jegliches Interesse an der custodia bei ihm fehle, nachdem der Verkäufer ihm für omnis (!) i. e. dil. dil. patf. (cf. l. 3 dig. 18,6 ebenfalls von Paulus) in cust^a^ hafte. Durch diese Stelle erhält unsere Lehre, dass jeglicher Schutz, sowohl der thatsächliche der custodia als der vom Rechte gewährte Aktionenschutz, seine einzige Begründung im Interesse findet, eine schöne Bestätigung.

2) hier wie jetzt immer in der allgemeinen Bedeutung des Verpflichteten zu verstehen cf. Windscheid Pand. II. S. 6.

dem er eben Schutz ist, wie auch die custodia, so ergibt sich das allgemeine Rechtsprinzip, dass der Rechtsschutz dem zur Seite steht, welcher ein Interesse daran hat, dass irgend ein schädigendes Ereignis nicht eintrete, wobei jedoch zu beachten ist, dass der Rechtsschutz, von dem hier die Rede ist, erst nach Eintritt des Unfalls zur Wirksamkeit gelangt. Unter Rechtsschutz verstehen wir nämlich die Ansprüche (actiones), welche durch den Unfall selbst erzeugt werden[1]). Fragen wir uns nun, wie dieses Interesse beschaffen sein müsse, so erhalten wir auch hier wie oben für die custodia[2]) die Antwort durch l. 72 (71) dig. 47,2, welche zwar zunächst von der aus dem Diebstahl entspringenden actio furti spricht, aber eine allgemein giltige Definition des dem Rechtsschutz überhaupt zu Grunde liegenden Interesses enthält. Dieselbe sagt: furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi; interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.

Derjenige also soll die actio furti anstellen können, welcher ein Interesse hat; ein Interesse aber hat nach der Ansicht der Quellen nur derjenige, welcher durch den Diebstahl eine Einbusse an seinem Vermögen erleiden w i r d (passurus)[3]), falls es ihm nicht gelingen sollte, eben durch die actio furti diesen Nachteil von sich abzuwenden. Das Recht hat hier einen Erfahrungssatz, als welcher er sich mit Rücksicht auf die custodia darstellt[4]), zur Rechtsnorm erhoben, indem es erklärt, dass demjenigen, welcher getrieben durch sein natürliches oder künstlich geschaffenes Interesse thatsächlich custodia ausübt, auch noch nach dem Eintritt des Unfalls der Rechtsschutz

---

1) also nicht etwa den Anspruch, der aus der Haftung für custodia entspringt; denn der Anspruch z. B. auf Rückgabe ist schon mit dem Abschluss des betreffenden Geschäftes vorhanden; er entsteht also nicht erst durch den Unfall, sondern wird vielmehr durch denselben nur verändert bezw. vernichtet.

2) S. 44.

3) und nicht derjenige, welcher durch denselben nur den Ausfall eines lucrum erleidet. cf. namentlich hinsichtlich dieser Seite der Stelle oben S. 45 und ganz besonders A. 2 dortselbst.

4) und da es das Recht ja nicht mit Erfahrungssätzen zu thun hat, finden wir diesen Satz auch nicht mit spezieller Anwendung auf die custodia in den Quellen ausgesprochen. cf. oben S. 45.

zur Seite stehen soll[1]), sofern er als ein damnum passurus erscheint. Als damnum passurus aber erscheint vorderhand noch der Eigentümer selbst da, wo für dil. dil. patf. gehaftet wird, weil nicht sofort schon nach dem Eintritte des Unfalls klar ist, ob sich der Schuldner bei seiner custodia eine negligentia hat zu schulden kommen lassen oder nicht[2]); möglicherweise ist das letztere der Fall, der Schuldner ist von jeglicher Haftung frei, und der Eigentümer trägt den Schaden nach der Rechtsregel: casum sentit dominus[3]). Der Eigentümer ist daher immer derjenige, welchem zunächst der Rechtsschutz zusteht; er hat die actio legis Aquiliae im Falle der Substanzverletzung durch einen Dritten, er hat die rei vindicatio und cond. furtiva, vor allem aber auch die actio furti im Falle des Diebstahls und zwar gleichviel, für welchen Grad der Culpa ihm der Schuldner haftet. Erst dann, wenn rechtlich feststeht, wer endgiltig den Schaden trägt, tritt, wenn nötig, das Rechtsprinzip in Thätigkeit, nach welchem commodum eius esse debet, cuius periculum (hier im Sinne von damnum zu nehmen) est[4]). Diese Feststellung des eigentlich Beschädigten

---

1) cf. l. 10 dig. 47,2: cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet: wer vor dem Diebstahl ein Interesse an der custodia hatte, der soll nach demselben die actio furti haben.

2) Dies spricht namentlich l. 54 (53) § 3 dig. 47,2 sehr deutlich aus, wenn sie sagt, dass der neg. gestor die actio furti auch dann nicht habe, wenn (objektiv genommen) die Sache durch seine Schuld abhanden gekommen ist; denn wenn auch mit dem Ereignisse selbst Schuld oder Nichtschuld des neg. gestor gegeben ist, so ist dies doch für die Parteien nicht evident und bedarf daher einer Feststellung.

3) Diese in neuerer Zeit so vielfach und in ihrer Allgemeinheit mit Recht angefochtene Regel verliert ihr Anstössiges, wenn man sie, wie hier, so auslegt, dass sie sagt: überall da, wo niemand für den Unfall, der einer Sache zustösst, haftet, bleibt der Schaden auf dem Eigentümer liegen.

4) Dieses Prinzip ist mit Bezug auf die Erteilung des Rechtsschutzes in den Quellen ganz allgemein durchgeführt. Immer hat schliesslich wenigstens das commodum der Klage derjenige, welcher den endgiltigen Schaden hat von dem die Klage erzeugenden Ereignis. Namentlich ist es die Cession, deren sich das Recht bedient, um dieses sein Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit zur Geltung zu bringen. cf. insbesondere Stellen wie l. 54 (53) § 3 dig. 47,2 (actio furti); l. 35 § 4 dig. 18,1 (vindicatio, condictio furtiva) § 3a Instt. 3,23 (vindicatio, condictio furtiva, actio furti, damni iniuriae actio); l. 25 § 8 dig. 19,2;

ist nun, was die Haftung für custodia anlangt, Sache des urteilenden Richters, sofern nicht entweder der Schuldner freiwillig Satisfaktion leistet oder der Eigentümer auf eine solche verzichtet. Das verurteilende bezw. freisprechende Erkenntnis ist daher der Zeitpunkt, wo Ersatz- wie Strafansprüche, soweit solche erwachsen sind, übergehen[1]), insofern nicht der Eigentümer selbst es ist, welcher den Schaden tragen muss und ein Übergang nicht mehr nötig ist, da ja diese Ansprüche vorerst, wie wir gesehen haben, immer mit dem dominium verbunden sind. So weist die l. 54 (53) § 3 dig. 47,2 den Richter ausdrücklich an, die Verurteilung des neg. gestor nur unter der Bedingung auszusprechen, dass ihm der dominus die actio furti[2]) abtrete. Dort heisst es nämlich:

Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit; sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat.

Nun aber erteilen die Quellen im Widerspruche mit dem soeben Gesagten einer Reihe von Schuldnern die actio furti[3]) im vornhinein, d. h. sofort mit ihrer Entstehung, was sie durch actionem furti habere, actio furti eis competit ausdrücken, die gleichen Redewendungen, welche sie auch für die Zuständigkeit der actio furti dem Eigentümer und den übrigen natürlich Interessirten gegenüber gebrauchen. In der soeben citirten

---

l. 31 pr. dig. 19,1; l. 14 pr. dig. 47,2 u. a. m. Dieses Prinzip, das auch noch in anderer Beziehung aufgestellt wird, findet sich in den Quellen des öfteren ausgesprochen, so z. B. in § 3 in fine Instt. 3,23, mit besonderer Beziehung auf unseren Fall in l. 22 § 3a Cod. 6,2 verbis: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, was allerdings hier zunächst mit Bezug auf den durch die actio furti möglicherweise zu erlangenden Gewinn gesagt ist. — Unter diesem Gesichtspunkte erkennen denn auch die Quellen jedem die actio furti zu, cuius periculo res est, das wieder nur eine andere Wendung für den damnum passurus ist.

1) cf. Die Stellen in der vorigen Anmerkung.

2) selbstverständlich auch die vindicatio und cond. furtiva, was aber der Jurist zu betonen nicht Veranlassung hat, nachdem es ihm hier um die actio furti und noch dazu um eine Besonderheit derselben zu thun ist.

3) nicht jedoch die cond. furtiva und vindicatio, weil diese zu streng mit dem dominium verbunden sind. cf. bezüglich der ersteren namentlich l. 14 § 16 dig. 47,2, ferner noch l. 1 dig. 13,1 und dazu noch Windscheid Pand. § 453 A. 8.

l. 54 (53) cit. wird vom neg. gestor geradezu gesagt, actionem furti non habet, es kann demnach dieses actionem furti habere nicht anders verstanden werden, als dass denjenigen Detentoren einer Sache, welche die actio furti „haben", diese sofort nach dem Eintritte des furtum zusteht und sie dieselbe nicht erst mit der Verurteilung im Prozesse bekommen [1]). Da nun aber natürlich zweien zu gleicher Zeit die actio furti in solidum [2]) nicht zustehen kann, so ist die notwendige Konsequenz, dass der dominus in einem solchen Falle die actio furti nicht hat, sondern nur der betreffende Schuldner, was denn auch die Quellen zu wiederholtenmalen hervorheben. Am deutlichsten thun dies die Institutionen in § 15 (17) 4,1, wenn sie sagen: (fullo) ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest, eam rem non perire, cum iudicio locati a fullone (et sarcinatore) rem suam persequi potest. Diese Stelle gibt uns auch zugleich darüber Aufschluss, was der Grund dieser Erscheinung ist. Der Schuldner (hier der fullo) hat die actio furti und nicht der Eigentümer und zwar deswegen, weil der dominus überhaupt kein Interesse mehr daran hat, dass die Sache nicht gestohlen wird, da er ja ohnedies durch die Kontraktsklage genügend gedeckt ist. Wenn wir uns angesichts dieses Ausspruches der Institutionen noch einmal vergegenwärtigen, dass der neg. gestor, der doch für dil. dil. patf. aufkommt, die actio furti nicht hat und sie vielmehr erst mit seiner Verurteilung bekommt, so können wir wohl keinen

1) Dies folgt auch aus l. 22 § 1 Cod. 6,2 verbis: quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest. Die Anstellung der Kontraktsklage folgt also in der Regel der Anstellung der actio furti durch den Schuldner (hier den Commodatar) nach. Ebenso geht dies hervor aus l. 91 (90) dig. 47,2.

2) Es kann hier nur von einer Anstellung der actio furti in solidum die Rede sein; denn entweder muss der Detentor die gestohlene Sache ersetzen und zwar ihrem vollen Werte nach oder gar nicht, da von einem teilweisen Ersatze bei einer gestohlenen Sache nicht gesprochen werden kann, und daher auch nicht von einem zwischen dem dominus und dem Schuldner geteilten Interesse. — Etwas anderes wäre es natürlich gewesen, wenn eine nur partielle Zahlungsfähigkeit des Schuldners in Frage kam; aber auch hier war bei den alten Juristen nur das controvers, wer in diesem Falle die actio furti haben solle, und zwar in solidum, von einer Teilung war auch da nicht die Rede. cf. hierüber l. 22 § 1c Cod. 6,2. § 15 (17) in fine Instt. 4,1.

Augenblick mehr daran zweifeln, dass überall da, wo der Schuldner die actio furti hat, diese Verurteilung schon a priori gewiss ist, mit anderen Worten, dass alle die Schuldner, denen das Recht die Kompetenz zur actio furti einräumt, unbedingt für Diebstahl haften. Dann ist allerdings gleich nach dem Eintritte des Diebstahls klar, dass der Schuldner es ist, welcher endgiltig den Schaden trägt, und er erscheint somit schon in diesem Augenblicke als damnum passurus, während das Interesse des Eigentümers erloschen ist. Hier bedarf es keiner richterlichen Feststellung im Urteil mehr, hier hat das Recht selbst entschieden und es muss daher auch sofort das erwähnte Rechtsprinzip in Wirksamkeit treten, nach welchem dem haftenden Schuldner und zwar ihm allein der Rechtsschutz der actio furti zukommt [1]). Es stellt sich uns sonach diese Erscheinung als notwendige Konsequenz dieses Prinzipes dar, das hiedurch nicht etwa durchbrochen, sondern nur noch mehr bestätigt wird. Der Unterschied zwischen den Schuldnern, welche die actio furti erst bei ihrer Verurteilung bekommen und denen, welche sie gleich von Anfang an haben, liegt also blos in dem Zeitpunkte des Übergangs; denn auch bei den letzteren ist die Sache nicht etwa so zu denken, als ob hier der Strafanspruch primär beim Schuldner zur Entstehung käme, sondern derselbe gelangt auch in diesem Falle beim Eigentümer zur Existenz, ist aber bereits in demselben Momente auf den Schuldner übergegangen [2]). Weil nun aber dieser Übergang

1) Der Grund, warum nicht auch sofort die vindicatio und condictio furtiva auf ihn übergehen, liegt, wie schon erwähnt, in der strengen Verbindung dieser Klagen mit dem Eigentum. Der Übergang dieser Klagen kann daher nur durch Cession i. e. einen Willensakt des Eigentümers bewerkstelligt werden.

2) Diese Auffassung des „actionem furti habere" ist die quellenmässige. So spricht l. 12 pr. dig. 47,2 von einem redire der actio furti zum Eigentümer im Falle der Insolvenz des Schuldners; was aber zurückkehrt, muss doch vorher schon bei dem Betreffenden gewesen sein. cf. auch l. 22 § 1b C. 6,2, wo ebenso von einem ad dominum reverti der actio furti die Rede ist; ausserdem aber spricht l. 22 cit. noch von einer actio quae semel ei adquisita est. Wo ferner die actio furti in der Hand des Schuldners aus gewissen Gründen zur Unmöglichkeit wird, hat dieselbe der dominus: l. 14 § 14 dig. 47,2 (Fall der hereditas iacens); l. 22 § 4 Cod. 6,2 (Fall des Diebstahls zwischen Ehegatten). Hier tritt der Übergang der actio furti auf den Schuldner nicht ein, weil der letztere

nicht erst durch den Judex sich vollzieht, sondern ipso iure eintritt, sprechen die Quellen von „actionem furti habere“, „actio furti eis competit“, welcher Redewendungen sie sich auch dem Eigentümer und den sonstigen wegen ihres natürlichen Interesses zur actio furti Berechtigten gegenüber bedienen. Wie wir daher oben zwischen solchen, welche custodia aus eigenem Interesse ausüben und solchen, welche dies wegen ihrer Haftung thun, unterschieden haben, so ergibt sich uns hier analog die Unterscheidung zwischen den wegen ihres natürlichen Interesses zur actio furti Berechtigten und denjenigen, welchen dieselbe infolge ihrer (unbedingten) Haftung vom Rechte zuerkannt ist. In beiden Fällen ist aber das Interesse der Grund, der für die Erteilung der Klage massgebend war [1]).

So sind wir also zu einer unbedingten Diebstahlhaftung aller derjenigen Schuldner gekommen, von welchen es heisst, dass sie die actio furti haben. Zu einer solchen unbedingten Haftung für Diebstahl könnten nun die Römer an und für sich auf zweifachem Wege gelangt sein; entweder nämlich sahen sie das furtum, die heimliche Besitzesentziehung überhaupt als durch die Diligenz eines fleissigen Hausvaters schlechthin vermeidlich an, so dass derjenige, welchem eine Sache gestohlen wurde, immer in culpa gewesen wäre, oder sie stellten die unbedingte Diebstahlhaftung auf ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld, d. h. als eine Garantiehaftung des betreffenden Schuldners und dies letztere ist denn auch der Fall, da der ersteren Annahme der direkte Widerspruch der Quellen im Wege steht [2]).

---

für dieselbe unempfänglich ist, und folgerichtig bleibt sie dem Eigentümer; hätte sich dagegen das Recht die Diebstahlsklage primär beim Schuldner entstehend gedacht, so würde sie in den bezeichneten Fällen überhaupt nicht existent werden und es wäre nicht ersichtlich, wie sie dann der Eigentümer haben sollte.

1) l. 10, l. 11 dig. 47,2.

2) cf. l. 35 § 4 dig. 18,1: talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus patf. suis rebus adhibet; quam si praestiterit et tamen res perdidit, securus esse debet, was mit ausdrücklicher Beziehung auf das furtum gesagt ist. Der Verkäufer kommt also für dil. dil. patf. (cf. S. 72 A. 2) auf, und trotzdem räumt Gaius die Möglichkeit ein, dass die Sache ohne seine Schuld gestohlen werden

§ 14.

Weitere Beweise für die unbedingte Diebstahlhaftung.

Aus dem Gedanken der Wahrung des mit einer körperlichen Sache verbundenen Interesses, welche vor dem Unfall durch custodia, nach demselben aber durch Anstellung der betreffenden actiones bethätigt wird, hat sich uns mit Zuhilfenahme der Quellenaussprüche über die Kompetenz zur actio furti die unbedingte Diebstahlhaftung für alle diejenigen Schuldner, welche die actio furti haben, ergeben und zwar mit einer Bestimmtheit, die mich jedes weiteren Beweises überheben würde, geriete ich nicht gerade dadurch mit der herrschenden Lehre in Widerspruch, welche eine unbedingte Haftung für Diebstahl, von den Fällen eines ausdrücklichen Vertrags abgesehen, wenn überhaupt, so doch nur in weit geringerem Umfange anerkennt. Von Autoritäten kann ich einzig und allein für mich anführen den alten Löhr[1]), der als von Hasse auch in dieser Beziehung überwunden angesehen wird und von den Neueren Exner, wie ich aus einer Bemerkung, welche er in seiner Abhandlung „Über den Begriff der höheren Gewalt“[2]) macht, schliessen zu dürfen glaube. Es ist daher angezeigt, dem Beweis für unbedingte Diebstahlhaftung noch etwas näher zu treten und darzuthun, dass die Quellen dem bereits mit ihrer Hilfe gewonnenen Resultate der unbedingten Diebstahlhaftung auch anderweitig nicht nur nicht widersprechen, sondern sogar noch zahlreiche weitere Beweise hiefür an die Hand geben, die meines Ermessens geradezu als bindend zu erachten sind.

---

könne. Dagegen kann diese Stelle nicht dazu verwertet werden, auch die Annahme einer Garantiehaftung als unmöglich zu erweisen, da, wie wir noch sehen werden, der venditor nicht zu denjenigen Schuldnern gehört, welche dieser Garantiehaftung unterliegen. — Vgl. ferner hiezu noch S. 42. — Ausserdem wäre ja nicht abzusehen, warum dann der neg. gestor nicht auch unbedingt haften würde, da er doch ebenso gut für dil. dil. patf. (cf. § 1 Instt. 3,27) haftet, wie der Commodatar.

[1]) Löhr, Theorie pag. 73 ff. Beiträge pag. 163 ff., der jedoch den Grund für die unbedingte Haftung unrichtigerweise in der unbedingten Vermeidbarkeit des Diebstahls sieht. cf. oben S. 42 A. 1.

[2]) S. 75.

Zunächst begegnet uns die auffallende Thatsache, dass die legis Aquiliae actio, obwohl ja doch auch gegenüber dem damnum iniuria datum für dil. dil. patf. gehaftet wird, nicht ebenso wie die actio furti, den Schuldnern, welche diese letztere haben, zugesprochen wird. So sagt Ulpian in l. 11 § 9 dig. 9,2:

> Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Julianus ait, sed domino eam competere,

während doch derselbe Julian, der hier dem Commodatar die actio legis Aquiliae aberkennt, die actio furti in Übereinstimmung mit den übrigen Juristen als dem Commodatar zustehend erklärt, wie aus l. 60 (59) dig. 47,2 per arg. e contr. zweifellos hervorgeht. Es zeigt sich demnach eine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung der actio furti und der actio legis Aquiliae, welche wohl nicht in der verschiedenen Natur der beiden Klagen[1]), sondern vielmehr in der verschiedenen Haftung für damnum iniuria datum und furtum gesucht werden muss[2]). Denn der einzige Grund, der für die Erteilung der Diebstahlsklage angegeben wird, nämlich quia domini nihil interest eam rem non perire, cum iudicio commodati rem suam persequi potest, müsste doch in gleicher Weise für das damnum iniuria datum Geltung haben, wenn darunter eine blosse Haftung für culpa zu verstehen wäre. Es kann sonach unter dem „potest" nicht eine blosse Möglichkeit zu verstehen sein; auch würde man sonst den-

---

1) Die legis Aquiliae actio ist nicht etwa, wie die condictio furtiva, so eng mit dem dominium verbunden, so dass hierin der Grund für die abweichende Behandlung gesehen werden könnte. Zwar nannte die lex Aquilia blos den dominus; dies hinderte aber nicht, nach Bedürfnis allen anderen Personen utilis legis Aequilio actio oder eine actio in factum zu geben. Es haben so alle natürlich an der Sache Interessirten in Übereinstimmung mit der actio furti eine utilis oder in factum actio. Warum sollten sie also die infolge ihrer Haftung Interessirten nicht auch haben?

2) Auch Julian selbst erkannte den Grund hiefür in der verschiedenen Haftung für furtum und damnum iniuria datum, wenn er auch bezüglich des letzteren eine zu weit gehende Behauptung aufstellte. cf. l. 19 dig. 13,6 und oben S. 43.

selben Grund selbst für den Depositar, der nur für dolus haftet, anführen können; denn auch hier kann der dominus durch Anstellung der actio depositi möglicherweise Schadensersatz erlangen. Das „potest" bezeichnet daher in dieser Anwendung vielmehr eine Macht; der dominus vermag durch das iudicium commodati Schadenersatz zu erlangen und hat deshalb kein Interesse mehr bezüglich des Unfalls selbst[1]). Dazu kommt noch, dass wirklich, wie wir an späterer Stelle sehen werden, da, wo nicht unbedingt für Diebstahl gehaftet wird, auch die legis Aquiliae actio (damni iniuriae actio) und die actio furti eine analoge Behandlung erfahren. Andererseits aber hat derjenige, welcher unbedingt für damnum iniuria datum haftet, auch die actio legis Aquiliae, was wohl für den nauta[2]) aus dem Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi der l. 5 § 1 dig. 4,9 geschlossen werden darf, indem in der unmittelbar vorhergehenden l. 4 von der Kompetenz zur actio furti die Rede ist[3]). Auch aus dieser Beob-

1) Geradezu lächerlich aber würde sich die Bemerkung Justinians in l. 22 § 1 Cod. 6,2 ausnehmen, wollte man das „conveniri" von der blossen Klagestellung von Seiten des commodator verstehen. Was soll denn das heissen, wenn man jemand deswegen die actio furti zubilligen will, weil er von dem Eigentümer eingeklagt werden kann? — abgesehen davon, dass dann wieder nicht einzusehen wäre, wenn das wirklich der einzige Grund sein soll, warum man nicht auch die damni iniuriae actio ebenso behandelte und nicht überdies beide Klagen allen Schuldnern zuerkannte. Denn eingeklagt werden können sie ja doch alle — eine andere Frage ist freilich die, ob sie auch verurteilt werden. In Anbetracht dessen liegt es doch, wie ich meine, auf der Hand, dass hier das „conveniri" nur deshalb gebraucht wird, weil eben für die Schuldner, welche die actio furti haben (in der angezogenen Stelle für den Commodatar) eingeklagt werden und verurteilt werden ein und dasselbe ist.

2) Der ja wie auch der caupo und stabularius angesichts des „omnimodo qui recepit tenetur" der l. 3 § 1 dig. 4,9 selbst von den Anhängern der herrschenden Lehre teilweise als unbedingt haftend erklärt wird.

3) Man könnte mir hier entgegenhalten, dass die l. 5 von Gaius, l. 4 aber von Paulus ist und daher, das was der letztere sagt, unmöglich auf einen Ausspruch des ersteren bezogen werden kann. Nun ist aber 1. in der l. 5 trotz des „quaecumque" von furtum im Vorausgehenden wenigstens nicht ausdrücklich die Rede. 2. schliesst sich die l. 5 so schön an die l. 4 an, dass man glauben sollte, beide Fragmente wären eine einzige aus einem der beiden Juristen entnommene Stelle. Am Schlusse der l. 4 nämlich referirt Paulus eine Lehre des Vivianus, nach welcher der Schiffer auch für die Sachen hafte, für welche

achtung lässt sich dann wieder ein Rückschluss auf die unbedingte Diebstahlhaftung für diejenigen machen, welche die actio furti haben. —

Actionem furti habet fullo, non dominus, sagen die Institutionen ganz apodiktisch und begründen es damit, dass sie dem Eigentümer jegliches Interesse an dem Schicksal der Sache, was nämlich den Diebstahl betrifft, absprechen, indem eben das Recht alles gethan habe, um das Vermögensinteresse des dominus zu schützen, dadurch, dass es die unbedingte Diebstahlhaftung aufstellte. Aber das Recht muss auch mit thatsächlichen Verhältnissen rechnen und durch diese ergibt sich eine Ausnahme von dem angeführten Satze, welche zugleich Zeugnis dafür ablegt, wie ängstlich das Recht um die Wahrung des Eigentumsinteresses besorgt ist. So sehr es nämlich auch richtig ist, dass von Rechtswegen der Eigentümer in einem solchen Falle immer durch die Kontraktsklage rem suam persequi potest[1]), so ist letzteres doch thatsächlich unmöglich dann, wenn der Schuldner nichts oder nicht soviel hat, um den dominus befriedigen zu können. Die Institutionen[2]) sowohl als die Digesten[3]) statuiren daher die Ausnahme der Insolvenz; in dem Falle der ganzen oder teilweisen Zahlungsunfähigkeit soll die actio furti nicht der Schuldner, sondern der Herr selbst haben. Die Institutionen drücken dies folgendermassen aus:

---

keine Fracht bezahlt werde (etsi earum vectura non debetur) und Gaius fährt, wie auf dem Wege der Ideenassociation fort, dass dies nicht Wunder nehmen dürfe, da der nauta seine merces überhaupt nicht für die custodia, sondern vielmehr für den Transport bekomme. Es dürfte daher als höchst wahrscheinlich erscheinen, dass im 5. Buche zum edictum provinciale von Gaius, der in der Digestencompilation als l. 5 eingereihten Stelle eine der l. 4 ganz ähnliche Auseinandersetzung vorausgegangen ist, in der ebenfalls von der actio furti gesprochen wurde. Aus gewissen Gründen haben sich jedoch die Compilatoren veranlasst gesehen, hier den vielleicht in präciserer Fassung dasselbe wiedergebenden Passus aus Paulus einzureihen, haben aber dann andererseits, da sie jeden Titel in den Digesten als zusammenhängende Darstellung einer Rechtsmaterie betrachtet wissen wollten, trotzdem das „quaecumque“ des Gaius stehen gelassen.

[1]) § 15 (17) Instt. 4,1.

[2]) § 15 (17) Instt. 4,1 cit.

[3]) z. B. l. 12 pr. dig. 47,2.

Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sint, hoc est si domino rei aestimationem solvere possint,

und sie fügen die sehr bemerkenswerte Begründung bei,

nam si solvendo non sunt, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.

Sobald also irgendwie die Möglichkeit auftaucht, dass der Eigentümer doch nicht zu seinem Rechte gelangen kann, hat er auch wieder die actio furti und dieser Fall tritt ein, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist. Zwingt uns nicht die Bemerkung, dass immer die Ausnahme der Insolvenz betont wird, als der wohl einzige Fall, wo der dominus suum consequi non potest zu der Annahme, dass dies sonst immer der Fall ist[1]). Sind wir aber der Ansicht, dass die Haftung für Diebstahl keine unbedingte ist, so stünde der Ausnahme der Insolvenz noch eine andere Ausnahme zur Seite, deren Erwähnung für die Quellen viel näher gelegen wäre, nämlich der Fall, wo der dominus das seinige deswegen nicht erlangen konnte, weil der Detentor ohne alle Schuld ist und deswegen auch von der Kontraktsklage freigesprochen werden muss. Hier wäre schon von Anfang an für den Herrn die Besorgnis gerechtfertigt, dass er schliesslich durch die Kontraktsklage doch nichts bekäme und das Recht würde daher gewiss von einer sofortigen Übertragung der actio furti vom Herrn auf den Schuldner überhaupt Abstand genommen haben, nachdem es sich schon durch die Aufstellung der Ausnahme der Insolvenz so sehr um das Eigentumsinteresse besorgt zeigt. Jedenfalls aber müsste die Freisprechung des Schuldners der Insolvenz

---

1) cf. namentlich auch Gai. III, 205: (fullo) ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone . . . suum consequi possit si modo is fullo . . . rei praestandae ple(ne) sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Also nach Gaius kann der dominus immer zu dem Seinigen kommen, wenn nur der betreffende fullo seiner Verpflichtung, die Sache zu ersetzen (vgl. das Gerundiv „praestandae“) völlig nachkam, d. h. zahlungsfähig war.

analog behandelt werden. Denn im Effekte ist es ja doch ganz gleich, ob der Schuldner von der Haftung freigesprochen wird oder zwar schuldig gesprochen, aber nichts hat, woraus der Eigentümer seine Befriedigung erlangen könnte. In beiden Fällen erhält der Eigentümer von seiten des Schuldners nichts, in beiden Fällen muss er sich also auf andere Weise gegen den Schaden zu decken suchen. Und dies ist nicht anders möglich, als durch die Anstellung der Klagen, welche geeignet sind, den drohenden Vermögensverlust abzuwenden. Soll aber dieser Klagenschutz ein vollständiger sein, so muss der Eigentümer auch die actio furti haben, da die vindicatio und die cond. furtiva nicht in allen Fällen ausreichen[1]). So aber wird nur immer die Ausnahme der Insolvenz hervorgehoben, ein Beweis dafür, dass es bei den Schuldnern, welche die actio furti haben, sofort auf das Zahlen ankam und nichts weiter zu erwägen war, als ob sie zahlen konnten oder nicht.

Was nun die Ausnahme der Zahlungsunfähigkeit betrifft, so sind vor allem zwei Zeitpunkte zu unterscheiden, nämlich einmal das tempus, quo furtum committitur und dann das tempus ubi movetur actio[2]). Wir haben bereits gesehen, dass für die Zuerkennung der actio furti zunächst der erste Zeitpunkt in Betracht kommt. Der Strafanspruch geht hier sofort mit seiner Entstehung über, nisi inopia noscitur laborare, wenn der Schuldner nicht offenkundig insolvent ist; tunc enim furti actionem domino competere dicebant; bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit dagegen bleibt der Anspruch überhaupt beim dominus, es bedarf also keines redire (daher auch „competere"). Der Herr konnte daher in einem solchen Falle auch, ohne sich weiters um den Schuldner zu kümmern, mit der actio furti gegen den Dieb vorgehen. War dagegen über die

---

1) cf. l. 6 dig. 13,1. Vgl. jedoch auch l. 53 § 2 dig. 50,16 und dazu Windscheid Pand. § 453 A. 5. Jedenfalls ist aber der Anstifter (cuius consilio furtum factum est) der condictio furtiva nicht unterworfen, wenn auch bezüglich des Gehilfen (cuius ope furtum factum est) eine Antinomie in den Quellen besteht.

2) cf. hiezu und zum Folgenden genau die von Justinian in l. 22 § 1 bis 1 d dig. Cod. 6,2 gebrauchten Ausdrücke.

Vermögenslage des Schuldners nichts näheres bekannt (und dies bildete natürlich die Regel), dann musste der Eigentümer ruhig abwarten, bis der Schuldner die actio furti anstellen wollte, nur konnte er selbstverständlich durch Anstellung der Kontraktsklage seinerseits dem säumigen Schuldner gegenüber eine Entscheidung erzwingen. Wollte der Schuldner die actio furti einleiten, dann musste seine Zahlungsfähigkeit festgestellt werden („idoneo scilicet constituto“), was jedenfalls durch Kaution geschah. Zeigte es sich hier, dass er überhaupt nicht, oder nur teilweise zahlen konnte, dann kehrte die actio zum Herrn zurück [1]) und dieser konnte von demselben Augenblicke von ihr Gebrauch machen. Kam jedoch der Herr dem Schuldner mit der Anstellung der Kontraktsklage zuvor und erwies er sich hier als zahlungsunfähig, dann kehrte die actio selbstverständlich wieder zurück, quia ab eo suum dominus consequi non poterat [2]). So war also die actio furti hier wie dort eine „ambulatoria“ und sie musste es sein, wollte man das Prinzip aufrecht erhalten, dass eius esse commodum debet, cuius periculum est; denn qui non habet, quod perdat, eius periculo nihil est [3]). Dies war nun alles ganz schön, wenn entweder die Insolvenz bei Begehung des Diebstahls gleich offenkundig war oder wenn sich bei Anstellung der actio furti durch den Schuldner oder der Kontraktsklage durch den Eigentümer die Solvenz des ersteren herausstellte. Bedenken dagegen erregte der Fall, wenn zur Zeit des Diebstahls der Schuldner als solvent galt oder auch wirklich noch solvent war, sich aber

---

1) arg. l. 12 pr. dig. 47,2. cf. l. 22 § 1 b Cod. 6,2: ad dominum reverti.

2) § 15 (17) Instt. 4,1.

3) l. 12 pr. cit. — Es spielte sich demnach hier gerade der umgekehrte Prozess ab, wie in dem Falle, wo der Schuldner die actio furti überhaupt nicht hat. Kommt nämlich ein Schuldner der letzteren Art in Betracht, so hat vorerst der dominus die actio furti, die definitive Entscheidung erfolgt aber erst durch das Urteil der Kontraktsklage, möglicherweise c e d i t actio d. h. dann, wenn der Schuldner verurteilt wird. Hier dagegen hat vorerst der Schuldner die actio furti, möglicherweise aber r e d i t actio, wenn sich nämlich nachträglich die Insolvenz des Schuldners herausstellt.

hinterher[1]) als überhaupt nicht oder nicht mehr zahlungsfähig erwies. Denn gerade beim Diebstahl ist es von grosser Wichtigkeit, die Verfolgung des Diebes sofort nach Begehung des Diebstahls zu betreiben, weil es, da ja der Diebstahl heimlich geschieht, wenn nicht ein furtum manifestum vorliegt, fast keinen anderen Beweis dem Dieb gegenüber gibt, als dass man die gestohlene Sache in seinem Besitze noch vorfindet. Daher halfen dem dominus seine vindicatio und condictio furtiva nichts; denn mit diesen konnte er erst vorgehen, wenn er wusste, wer die res furtiva besitze oder wer der Dieb sei. Zu den Schritten aber, welche nötig waren, um das letztere zu eruiren, war nur der legitimirt, welcher die actio furti hatte[2]). Es geht dies aus ihrer Natur als Strafklage hervor; denn war das furtum auch nur ein Privatdelikt, das eine Privatstrafe nach sich zog, so hatte doch auch der Staat ein Interesse daran, dass der Dieb wenigstens dieser seiner Privatstrafe nicht entging und wird daher demjenigen, welchem dieser Strafanspruch zustand, auch nach jeder Richtung hin die Mittel an die Hand gegeben haben, diesen seinen Anspruch zu verfolgen. Dazu kam aber noch, dass die actio furti in der späteren Zeit auch als Kriminalklage (extraordinario iudicio) angestrengt werden konnte. Dadurch war es demjenigen, welcher die actio furti hatte, geradezu ermöglicht, die zur Auffindung des Diebes sowohl als der Sache vielfach unentbehrliche Hilfe der öffentlichen Behörden in Anspruch zu nehmen und es bildete daher auch für diese Zeit das furti criminaliter agere die Regel[3]).

---

1) Bei Anstellung der actio furti von seite des Schuldners oder der Kontraktsklage von seite des Eigentümers.

2) So konnte z. B. jedenfalls die Vornahme der Haussuchung bei einem Verdächtigen nur der betreiben, welchem die Strafklage zustand.

3) Dabei trat der Beschädigte gewissermassen als Nebenkläger auf, indem er die öffentliche Klage mitunterzeichnete. Dies berichtet uns Ulpian in l. 93 (92) dig. 47,2: Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium (d. h. insofern als hier nicht jeder als Ankläger auftreten konnte), sed quia visum est, temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam (weil man eben die Erfahrung gemacht hatte, dass durch die Planlosigkeit, Unerfahrenheit,

Diese Vorteile der actio furti gingen nun aber dem Eigentümer für gewöhnlich ganz verloren; denn kam er endlich in die Lage, diese anstellen zu können, dann wird es mit Rücksicht auf das oben Gesagte meistens schon zu spät gewesen sein, um noch etwas mit derselben zu bezwecken. Für den Fall der nachträglich sich herausstellenden Zahlungsunfähigkeit ergab sich daher, trotzdem dass die actio furti zum Herrn zurückkehrte, für den letzteren ein thatsächlicher Misstand und dieser Misstand war es denn auch, welcher Justinian zu der in l. 22 Cod. 6,2 enthaltenen Reform bestimmte [1]). Diese Reform bestand darin, dass es der Kaiser fortan in das Belieben des Herrn stellte, ob er mit der actio furti gegen den Dieb oder gegen den Schuldner mit der Kontraktsklage vorgehen wollte. Entschloss sich der Eigentümer zur letzteren (wissend, dass die Sache gestohlen worden war), so bestimmt die constitutio Justinians, dass in diesem Falle „ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem", eine Bestimmung, welche geradezu gegen das oben angeführte Prinzip, dass eius commodum esse debet, cuius periculum est, verstossen würde, wollten wir keine unbedingte Haftung für Diebstahl annehmen. Denn es ist zwar, nachdem einmal dem Eigentümer

„temeritas", mit welcher die Civilkläger vorgingen, die Diebe meistens ihrer verdienten Strafe zum Schaden der ersteren entgingen).

1) Und zwar beschränkte sich diese Reform nicht, wie man gewöhnlich annimmt (cf. Windscheid Pand. § 453 N. 2 A. 14), auf den Commodatar, sondern sie betrifft alle Schuldner, von welchen die Quellen sagen, dass sie die actio furti haben. Denn einmal trafen alle die von Justinian berührten Zweifel der Alten, sowie der als Hauptgrund zu erachtende im Text hervorgehobene Misstand in gleichem Masse bei jedem dieser Schuldner zu und es wäre somit höchst auffallend, warum diesem Übel nur für das commodatum hätte abgeholfen werden wollen. Konnte denn nicht auch der fullo zur Zeit des Diebstahls zahlungsfähig sein, aber hinterher insolvent werden? — Zweitens werden wir unten bei Besprechung des Commodats sehen, dass der Commodatar als Repräsentant derjenigen, welche die actio furti haben und der strengen Haftung für Diebstahl unterliegen, von den Quellen genannt zu werden pflegt. Und einen solchen Fall haben wir hier, wie auch das „quasi commodator" in § 1e beweist, was wohl nichts anderes bedeuten kann, als „der Commodatar und jeder, der ihm gleichsteht" (der in dieser Beziehung, gleich als wenn er Commodatar wäre, behandelt wird).

die Wahl gelassen ist, gerechtfertigt, dass er selbst im Falle der Insolvenz des Schuldners die Kompetenz zur actio furti nicht mehr bekommt; er hätte sich eben zuvor um die Vermögenslage seines Schuldners umsehen sollen und muss es sich daher selbst zuschreiben, wenn infolge seiner unvorsichtigen Wahl der Schaden auf ihm sitzen bleibt. Wie aber hätte der Kaiser, der ja gerade aus Besorgnis um das Interesse des Eigentümers reformirend eingriff, diese Bestimmung treffen können, wenn es möglich gewesen wäre, dass der mit der Kontraktsklage belangte Schuldner wegen mangelnder culpa freigesprochen wurde. Denn man konnte doch dem dominus nicht zumuten, dass er vor seiner Wahl auch prüfte, ob eine culpa des Schuldners vorliege oder nicht. — Trotz der Neuerung Justinians, nach welcher der Eigentümer, wenn er wollte, sofort die actio furti anstellen konnte und zwar mit Ausschluss des Schuldners, halten die Quellen an dem actionem furti habere der betreffenden Schuldner nach wie vor fest, indem die Kompilatoren an den aus den Juristen excerpirten Stellen in dieser Beziehung nicht das geringste zu ändern sich veranlasst sahen[1]). Materiell genommen ist durch die l. 22 das actionem furti habere ja nicht berührt worden, blos die formelle Behandlung wurde eine andere. Der Schuldner hatte auch nach der l. 22 das commodum der acti furti dann, wenn er damnum passurus erat, d. h. wenn er mit der Kontraktsklage belangt wurde. Nahm ihm der dominus dieselbe weg (was vorher nicht geschehen konnte), dann war er ohne weiteres

---

1) cf. insbesondere was den Commodatar anlangt l. 5 § 15 in fine — l. 7 § 1 dig. 13,6: ambobus furti actio competit, ferner l. 10 § 1 eod., wo von demjenigen, der eine Sache aus seinem eigenen Interesse zum Ansehen bekommen hat, und deswegen jedenfalls so zu behandeln ist, als der Commodatar, gesagt ist: furti habebit actionem. Ebenso l. 14 § 16 dig. 47,2, wo der Commodatar unter denjenigen sogar an erster Stelle genannt ist, welchen die actio furti zusteht, zugleich ein Beweis dafür, dass auch in der Behandlung dieser Kompetenz kaum ein Unterschied zwischen dem Commodatar und den anderen hier aufgeführten Schuldnern bestanden haben dürfte und dass sich also die Reform der l. 22 cit. auf alle Schuldner bezog. cf. auch noch l. 14 § 14 dig. 47,2; l. 15 § 2, l. 60 (59) eod. —

frei von jeglicher Haftung[1]) und er war daher hiedurch nicht im mindesten beeinträchtigt. Der Schuldner hatte die actio furti und nicht der Eigentümer; denn, wollte sie der letztere, so musste er sich dieselbe erst erkaufen dadurch, dass er auf die Haftung des Schuldners verzichtete. In der Regel wird auch trotz der l. 22 der Schuldner derjenige gewesen sein, der die actio furti anstrengte, und zwar deswegen, weil der Eigentümer dem höchst ungewissen Gewinn, den die Strafklage versprach, nahezu immer die sichere Kontraktsklage vorgezogen haben wird — ausser der Schuldner war zahlungsunfähig und infolge dessen nichts von ihm zu holen. Früher dagegen war dies nicht blos nahezu immer, sondern geradezu immer der Fall, natürlich auch hier mit der Ausnahme der Insolvenz. Und von hier aus scheint mir Licht auf eine Stelle zu fallen, welche den Auslegern schon viel Kopfzerbrechen gemacht hat. Es ist dies die l. 12 pr. dig. 47,2, welche sich ursprünglich offenbar direkt an die l. 10 eod. angeschlossen hat[2]). Die beiden Stellen lauten im Zusammenhange:

Cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet. Itaque fullo qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: . . . . . si autem solvendo non est, ad dominum actio redit; nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.

Hier war das „semper“ von jeher ein Stein des Anstosses; für uns aber wird es zum schönsten Beweise für die Behauptung der unbedingten Diebstahlhaftung. Ulpian, von dem die beiden Fragmente sind, hebt an mit dem Satze, den wir bereits besprochen haben, dass derjenige die actio furti hat, der ein Interesse daran hat, dass die Sache nicht gestohlen werde. Daher, fährt er fort, klagt der fullo immer, im

---

1) l. 22 § 1e cit.: penitus liberari.

2) Denn beide Stellen sind aus dem 29. Buch Ulpians an Sabinus. Die l. 11 von Paulus ist von den Compilatoren wohl deswegen eingeschoben worden, weil sie das Erfordernis der honesta causa erwähnt, während Ulpian dasselbe erst nachholt in l. 12 cit., wo er auf den malae fidei possessor zu sprechen kommt.

Gegensatz z. B. zum neg. gestor[1]). Denn der erstere ist immer interessirt, da er einmal belangt, auch verurteilt werden muss, während der letztere nur dann ein Interesse hat, wenn er verurteilt wird, und daher auch nur dann zum furti agere kommt[2]). Somit hat das semper agere, von welchem der Jurist spricht, durchaus nichts mehr Auffälliges; es ist eben, wie der Zusammenhang der Stellen zeigt, nicht absolut zu nehmen, sondern vielmehr als Ausdruck des grossen Unterschiedes, der zwischen den Schuldnern, welche die actio furti haben und sie nicht haben, besteht. Rechtsprinzip ist, dass in concreto immer der schliesslich das commodum des Rechtsschutzes hat, welcher den Schaden trägt; weil bei den einen von den Schuldnern das letztere rechtlich[3]) gewiss war, gab man ihnen die actio furti im vornhinein und sie waren daher im Vergleiche zu den die actio furti nicht habenden Schuldnern diejenigen, welche immer klagten. Durch die justinianische Neuerung der l. 22 cit. war allerdings das semper agere nicht mehr in dem Sinne wahr, in welchem es Ulpian geschrieben, aber wir haben schon oben bemerkt, dass trotz der l. 22 es doch thatsächlich

---

1) cf. l. 53 (54) § 3 dig. 47,2. Wohlgemerkt, es heisst nicht semper actionem furti habet, sondern semper agit. Der fullo hat die actio furti und deswegen klagt er immer, während der neg. gestor die actio furti nicht hat, aber doch auch furti agit, nämlich dann, wenn er verurteilt wird und von der cedirten Strafklage Gebrauch macht.

2) Ulpian will also durch das semper agere das Charakteristische des actionem furti habere hervorheben im Gegensatze zum actionem furti non habere, womit aber das furti non agere durchaus nicht identisch ist. Durch diese Erwägung schwindet das Bedenken von selbst, das allerdings sonst die sofort nachfolgende Erwähnung der Ausnahme der Insolvenz erregen müsste. Denn durch diese wird an dem semper agere als dem wesentlichen Merkmal des actionem furti habere nichts geändert. Gerade dadurch unterscheiden sich ja praktisch die Schuldner, welche die actio furti hatten und welche sie nicht hatten, von einander.

3) So wenig daher die in der Natur der Verhältnisse begründete Notwendigkeit der Statuirung der Ausnahme der Insolvenz die prinzipielle Erteilung der actio furti hinderte, so wenig kann die letztere das Wesen des mit Hinsicht auf die rechtliche Strenge der Haftung geschaffenen „actionem furti habere“ alteriren. Dieses Wesen lag aber in dem semper agere; für den Fall der Zahlungsunfähigkeit ergab sich allerdings eine Ausnahme von dem semper agere, aber auch zugleich eine Ausnahme von dem actionem furti habere, indem hier die actio furti zum Herrn zurückkehrte.

nahezu immer der Fall gewesen sein wird, dass der Schuldner die actio furti anstrengte[1]). —

Wir haben bereits erwähnt, dass, wenn der Eigentümer sich zur actio furti entschloss, der Schuldner sofort von jeder Haftung unwiderruflich frei war. Auch diese Bestimmung ist nur dann denkbar, wenn wir wenigstens eine über dil. dil. patf. erhöhte Haftung der Schuldner, welche die actio furti haben, annehmen. Was wäre denn für ein Grund vorhanden, z. B. den Commodatar anders zu stellen, als den neg. gestor, der doch anerkanntermassen für dil. dil. patf. aufkommt; während der letztere es sich gefallen lassen muss, dass der Herr zuerst mit der actio furti herumoperirt und dann, wenn dabei nichts herausschaut, ihn belangt, sollte der Commodatar, falls der dominus zur actio furti greift, schlechthin frei sein und doch auch nur dil. dil. patf. prästiren! Ein Grund hiefür lässt sich wohl blos in der Verschiedenheit der durch die Haftung begründeten rechtlichen Stellung der beiden Schuldner finden. —

Indem wir uns hiemit wegwenden von der Besprechung der l. 22 cit. und der Ausnahme der Insolvenz überhaupt, glauben wir noch einmal betonen zu müssen, dass, wie wir nachgewiesen zu haben vermeinen, die Ausnahme des solvendo non esse mit der ganzen l. 22 als sinnlos und unverständlich

---

1) Ich glaube sonach, dass das semper agere als Erläuterung des actionem furti habere öfters in den von den Kompilatoren excerpirten Juristen gestanden hat, aber von jenen im Hinblick auf l. 22 überall ausgemerzt worden und nur hier aus Versehen stehen geblieben ist. — Auch die Worte: si autem solvendo non est ad dominum actio redit haben als Bestandteil des Corpus iuris ihren ursprünglichen Sinn verändert. Denn zur Zeit Ulpians beruhte die Ausnahme der Insolvenz (aus der thatsächlichen Erwägung, dass qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est, hervorgegangen) auf einem Imperativ des Rechts: derjenige, welcher sich als insolvent erweist, der soll die actio furti nicht haben und dieselbe soll daher, sobald sich die Insolvenz herausstellt (cf. oben S. 112), zum Eigentümer zurückkehren." Jetzt aber hat die Ausnahme der Insolvenz nur mehr den Sinn eines Erfahrungssatzes: die Regel ist auch jetzt noch, dass der Schuldner die Klage anstellt (cf. Text); von dieser Regel ergibt sich aber eine thatsächliche Ausnahme dann, wenn der Eigentümer sieht, dass er von dem Schuldner wegen dessen Mittellosigkeit nichts bekommen kann. Dadurch aber kehrt hier thatsächlich die actio furti zum Herrn zurück, während früher diese Rückkehr eine rechtliche war.

erscheinen müsste, wenn wir nicht an der Annahme einer unbedingten Diebstahlhaftung festhalten. Gerade aber auch der Wortlaut der l. 22 enthält für die Annahme ausser den besprochenen zahlreiche Anhaltspunkte, welche einem aufmerksamen Leser kaum entgehen können, weshalb wir uns der Weiterung, dieselben einzeln vorzutragen, überhoben glauben.

Cuius interest, rem non subripi, is actionem furti habet sagen die Quellen und fassen unter diesem cuius interest, wie wir gesehen haben, sowohl diejenigen, welche wegen ihres natürlichen Interesses als auch diejenigen, welche wegen ihrer Haftung die actio furti haben, zusammen. Eine solche Zusammenfassung wäre nun wieder ganz undenkbar, wenn die letzteren nicht auch ein unbedingtes[1]), sondern nur ein bedingtes (nämlich für den Fall der Verurteilung) Interesse hätten, wenn sie also die actio furti nicht endgiltig, sondern blos vorläufig bis zur Entscheidung der Kontraktsklage haben würden vielleicht deshalb, weil sie wegen ihrer Haftung für dil. dil. patf. wahrscheinlich doch verurteilt würden[2]); denn das wäre der einzige noch ausserdem denkbare Grund für die Zuerkennung der actio furti[3]). Demnach muss auch das Interesse der be-

---

1) Wie selbstverständlich die natürlich Interessirten, von dem Falle, dass ein Anderer unbedingt für die Sache haftete, abgesehen.

2) Wir werden nämlich sehen, dass nur solche Schuldner, welche allgemein für dil. dil. patf. haften, die actio furti haben.

3) Überdies wäre aber dann nicht ersichtlich, warum nicht alle Schuldner, welche für dil. dil. patf. aufkommen, die actio furti haben sollten. — Ferner ist zu beachten, dass die Intention der actio furti auf ein damnum decidere oportere (cf. Gai. IV, 37) gerichtet ist und dieses damnum decidere hätte doch wohl der nicht verlangen können, der vor der Hand noch gar keinen Schaden erlitten hat. Denn eine decisio damni kann nur der intendiren, welcher bereits ein damnum passus ist; es würde daher den betreffenden Schuldnern vor ihrer Verurteilung an der nötigen Legitimation zur Klage gefehlt haben, es sei denn, dass man dieselbe als procuratorio nomine für den Eigentümer angestellt betrachtet hätte. Der letzteren Annahme steht aber vor allem der Umstand entgegen, dass das etwaige lucrum, das aus der actio furti erlangt wird, nicht dem Herrn, sondern dem Schuldner gehört. cf. l. 22 § 3a Cod. 6,2; l. 7 pr. dig. 13,6. Dass gewisse Schuldner dieses damnum decidere vom Dieb fordern können und zwar sofort, ist daher ebenso sehr ein Beweis für ihre unbedingte Haftung, als in der Verweigerung der damni iniuriae actio ein Beweis dafür liegt, dass eben nicht unbedingt für damnum iniuriae datum gehaftet wird.

treffenden Schuldner ein unbedingtes, und da ihr Interesse auf ihrer Haftung beruht, auch diese eine unbedingte sein. Der Schuldner ist daher in Beziehung auf Diebstahl an die Stelle des Eigentümers getreten. Aus dem interesse rem salvam esse, das der Eigentümer hat und das jede der Sache drohende Gefahr in sich schliesst, ist das interesse rem non subripi herausgenommen und auf den Schuldner übertragen und dieser letztere muss daher, um dieses zu dem seinigen gemachte Interesse verteidigen zu können, auch die actio furti haben. —

Was die actio furti der natürlich Interessirten anlangt, so haben wir bisher nur immer den Eigentümer in Betracht gezogen; wir wollen daher jetzt den übrigen Personen, welche die actio furti wegen ihres natürlichen Interesses haben, einige Aufmerksamkeit schenken und zwar deswegen, weil sich hiebei mehrere für unser Beweisthema nicht uninteressante Bemerkungen ergeben werden. Es sind dies selbstverständlich die nämlichen Personen, welche wir schon oben bei Betrachtung der an der custodia natürlich Interessirten kennen gelernt haben [1]. So ist im Falle des pignus und ususfructus das (natürliche) Interesse zwischen dem Eigentümer und dem Faustpfandgläubiger bezw. Nutzniesser geteilt. Es hat daher jeder die actio furti, und zwar soweit sein Interesse reicht, so der Pfandgläubiger usque ad debitum, der Eigentümer d. h. der Pfandschuldner dagegen de eo quod debitum excedit [2] und der Nutzniesser de fructibus vel quanti interfuit furtum factum non esse, der Eigentümer dagegen nur de eo quod interfuit eius proprietatem (nudam) non esse subtractam [3]. Nun kommt bei den genannten Personen die Eigentümlichkeit hinzu, dass sie die actio furti auch wegen ihrer Haftung für die Sache

---

1) Vgl. S. 48 f.

2) Arg. l. 12 § 2, l. 46 § 4 dig. 47,2. cf. l. 14 §§ 5—7 eod. Damit steht nicht im Widerspruche l. 15 pr. dig. 47,2, welche Stelle nicht von der dem creditor pigneraticius kraft eigenen Rechtes, sondern von der ihm wegen seiner Haftung zustehenden actio furti spricht. Ebenso l. 88 (87) dig. eod.

3) arg. l. 46 § 1 dig. 47,2.

haben[1]. Da aber die actio furti wegen Haftung immer in solidum gegeben wird, d. h. der Haftende sie allein mit Ausschluss des Herrn hat, so ist die notwendige Folge, dass sowohl für den Faustpfandgläubiger als den Usufruktuar, die ihnen in Konkurrenz mit dem dominus zustehende partielle actio furti nur dann in Betracht kommen kann, wenn jene cessirt. Würde nun nicht unbedingt gehaftet, so könnte dieser Fall immer, welche Sache auch gestohlen sein möchte, eintreten: sobald nämlich der Gläubiger oder Nutzniesser an dem Diebstahl keine Schuld trüge und deshalb von der Haftung freigesprochen werden müsste. Anstatt dass aber, wie hienach zu erwarten wäre, dieser Fall als ein solcher, in welchem die actio furti aus eigenem Rechte bei den Genannten zur Erscheinung käme, in den Quellen hervorgehoben würde, finden wir davon keine Spur, vielmehr zeigt sich uns auffallenderweise Folgendes. Die Quellen kennen nämlich nur zwei Fälle, in Zusammenhang mit welchen sie von der aus dem natürlichen Interesse entspringenden actio furti sprechen, nämlich einmal den Fall, wo ein Sklave den Gegenstand des ususfructus bezw. pignus bildet, und dann den Fall, wo der Eigentümer selbst die Sache dem Nutzniesser bezw. Pfandgläubiger entwendet. So ist in den zwei Stellen, wo ausführlich von der auf dem natürlichen Interesse beruhenden actio furti dieser Personen gehandelt wird, als Objekt jedesmal der Sklave genannt[2]. Wir werden nun weiter unten sehen, dass beim Sklaven allein eine unbedingte Haftung nicht stattfindet und wir dürfen daher die jedenfalls nicht der Wahrscheinlichkeit entbehrende Vermutung aufstellen, dass gerade deshalb in beiden Stellen auf den Sklaven exemplifizirt wird, weil bei einer anderen Sache, wenigstens was das Objekt anlangt, diese

[1] Was z. B. beim bonae fidei possessor und Hypothekargläubiger nicht der Fall ist. Der letztere hat ebenfalls wie der creditor pigneraticius (i. e. S.) die actio furti wegen seines natürlichen Interesses (arg. l. 19 § 6 l. 67 (66) dig. 47,2), kann aber nicht für die Sache haften, da er sie nicht in seinen Händen hat und kann daher auch nicht die aus der Haftung entspringende actio furti haben.

[2] Nämlich für den Fall des Pfandes in l. 14 §§ 5—6 dig. 47,2 und für den des Pfandes und Ususfructus in l. 46 §§ 1—5 eod.

actio furti gar nicht in Frage kommen kann. Die andere Reihe der Stellen, in welchen die Quellen Anlass nehmen, von der aus natürlichem Interesse entspringenden actio furti zu sprechen, behandelt wie schon gesagt, den Fall, wo der Eigentümer selbst der Dieb ist. Hier kann natürlicherweise von einer auf der Haftung beruhenden Klage nicht die Rede sein; denn von dem Augenblick an, wo der Eigentümer seine Sache wieder hat, ist ja jede Haftung erloschen [1]). Dagegen kommt jetzt die andere actio furti zur Geltung, sofern nur ihre Vorbedingungen vorhanden sind. Hatte daher z. B. der Commodatar wegen Aufwandes, den er auf die Sache gemacht, ein Retentionsrecht, so hatte er die rechtliche Stellung eines Faustpfandgläubigers und daher auch wie dieser die actio furti gegen den dominus wegen seines natürlichen Interesses [2]). Hatte aber der Commodatar kein Retentionsrecht, so hatte er auch nicht die actio

---

1) l. 15 § 2 dig. 47,2.

2) cf. l. 15 § 2 cit. l. 60 (59) dig. 47,2 bezüglich des Retentionsberechtigten; ferner bezüglich des Faustpfandgläubigers: l. 15 § 2 cit. l. 12 § 2 dig. 47,2. § 14 (16) Instt. 4,1; namentlich aber l. 88 (87) dig. 47,2, wo es heisst: Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur. Paulus, von dem das Fragment ist, stellt hier also die Regel auf, dass dem Faustpfandgläubiger (den er hier wohl allein im Auge hat cf. sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus) die actio furti nicht blos auf den Betrag seiner Pfandforderung, sondern auf den Gesamtwert des Pfandes selbst zustehe (in Übereinstimmung mit l. 15 pr. h. t.); denn der Faustpfandgläubiger hat die actio furti wegen seiner Haftung, da er dem Eigentümer für die Rückgabe der Sache verhaftet ist; sein Interesse reicht also nicht blos soweit als sein creditum, und er hat daher die actio furti nicht nur credito tenus (in summam debiti), sondern in summam pignoris, so dass er omnimodo in solidum furti agere potest. Aber, fährt Paulus fort, eine Ausnahme von dieser Regel ergibt sich dann, wenn der Schuldner selbst die Sache entwendet hat. Hier kann natürlich von einer actio furti wegen Haftung nicht die Rede sein, jedoch hat der Pfandgläubiger auch in diesem Falle noch die actio furti, aber wegen seines natürlichen Interesses und daher auch nur, soweit dieses natürliche Interesse reicht, nämlich usque ad debitum und er kann daher nicht mehr in solidum, sondern nur mehr in summam pecuniae debitae et usurarum eius klagen. Darüber, dass auch da, wo der creditor in solidum klagt, nur die formelle Behandlung eine andere ist, während er auch hier im Effekte nur sein creditum (und die Zinsen hieraus) behält, siehe l. 22 pr. dig. 13,7. l. 15 pr. dig. 47,2. — Bezüglich des Usufruktuars: l. 15 § 1, l. 20 § 1 dig. 47,2.

furti (da sein auf einem lucrum cessans beruhendes natürliches Interesse zur Begründung derselben nicht genügt)[1]) und Pomponius, den Paulus in l. 15 § 2 dig. 47,2 citirt, gibt hiefür als Grund an: quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. Aber dieses utpote cum nec commodati tenearis würde ja auch in dem Falle zutreffen, wo zwar ein Anderer die Sache stiehlt, aber der Schuldner, mit der Kontraktsklage vom Herrn belangt, wegen mangelnder culpa freigesprochen wird. Was wäre also für Anlass gegeben gewesen, den Fall, wo der Herr die Sache stiehlt, eigens hervorzuheben, da dieser Fall nur einer aus denjenigen gewesen wäre, wo der Schuldner nicht haftet? Es dürfte daher auch hier keinem Zweifel unterliegen, dass die Quellen deswegen so häufig von der Entwendung der Sache durch den Eigentümer selbst sprechen, um überhaupt daran, wie auch im vorigen Falle, das praktische Vorkommen der aus dem eigenen Rechte der Nebeninteressenten entspringenden actio furti zeigen zu können. —

Schliesslich will ich zur weiteren Erhärtung meiner Behauptung, dass alle diejenigen Schuldner, welche die actio furti haben, unbedingt für Diebstahl haften, noch auf ein paar Stellen aufmerksam machen. Es sind dies l. 60 § 2 dig. 19,2, l. 16 dig. 13,1 und § 17 (19) Instt. 4,1. Was nun zunächst die erste der genannten Stellen anlangt, so ist der Wortlaut derselben folgender:

Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec

---

[1]) Vgl. oben S. 45 und besonders A. 2. — Vergleiche auch l. 21 pr. dig. 13,6, wo für den Fall, dass der Herr die Sache gestohlen hat und der Commodatar in Nichtkenntnis dieser Thatsache zum Schadensersatz verurteilt worden ist und auch gezahlt hat, ebenfalls die actio furti dem Commodatar abgesprochen und ihm nur das contrarium iudicium als utile gegeben wird, wohl deshalb, weil hier durch das furtum selbst kein Strafanspruch erzeugt wurde und zwar weder beim Eigentümer, da dieser selbst der Dieb war, noch beim Commodatar aus dem im Texte angeführten Grunde. Nebenbei bemerkt dürfte auch die soeben besprochene Stelle jedem unbefangenen Leser den Gedanken an eine unbedingte Haftung für Diebstahl nahelegen, wenn sie sagt: deinde cum commodati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi. Also auf Klage folgt sofort die Verurteilung und Zahlung, ohne dass einer vorliegenden culpa Erwähnung geschieht, was doch wohl auffallen dürfte.

repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet.

Einem Kleiderreiniger sind die Kleider, welche er zum Reinigen bekommen hat, abhanden gekommen und zwar durch Diebstahl. Obwohl nun der Eigentümer derselben in dem gegebenen Falle jemand kennt, den er mit den ihm zustehenden Klagen, nämlich der condictio und vindicatio (die actio furti hat ja der fullo) belangen könnte, so zieht er es doch vor, gegen den conductor operis mit der actio locati vorzugehen. Aber, sagt Labeo, von dem das Fragment ist, hier muss der Richter prüfen, ob der Herr nicht besser den Dieb belangen würde; denn ist dies der Fall und will der Eigentümer die Kontraktsklage etwa blos aus Chikane anstrengen, dann muss der Richter ihn zurückweisen. Er soll nur die gestohlenen Sachen vom Diebe wiederzuerlangen suchen, selbstverständlich aber, wie der Jurist hinzufügt, auf Kosten des fullo („fullonis videlicet sumptibus"). Wie hätte Labeo dazu kommen können, dem fullo jedenfalls die Kosten der rei vindicatio bezw. condictio furtiva aufzubürden, wenn derselbe nicht schon durch die blosse Thatsache des Diebstahls die Verurteilung verdient gehabt hätte, und nur einem besonderen (mit seiner Schuld oder Nichtschuld nicht im geringsten zusammenhängenden) Umstande seine Entlassung aus der Haftung verdanken würde. Hätte sich denn der fullo diese Verurteilung in die Tragung des Aufwandes für die von dem Eigentümer anzustellende Klage gefallen lassen müssen, wenn er hätte hoffen können, wegen Schuldlosigkeit von der Kontraktsklage freigesprochen zu werden? Da wir das letztere nimmermehr annehmen können, so folgt daraus, dass der fullo von vornherein keine Hoffnung auf Freisprechung haben konnte und zwar gleichviel, ob er schuldig war oder nicht, und dass er daher froh sein durfte, wenn er so billig wegkam und blos die dem dominus durch die Klagestellung erwachsenen Aus-

lagen ersetzen musste. Findet jedoch der Richter, dass es dem Eigentümer unmöglich war, von den ihm gegen den Dieb zustehenden Klagen Gebrauch zu machen, dann wird er, fährt die Stelle fort, ihm den fullo verurteilen und zwar weil nichts von culpa erwähnt ist, ohne weiteres, den Eigentümer aber wird er veranlassen, die ihm zustehenden Klagen dem fullo abzutreten [1]. Wir haben demnach hier allerdings einen Fall, wo der Schuldner von der Haftung frei wird; derselbe steht jedoch unserer Behauptung von einer unbedingten Haftung nicht im Wege, da wir unter einer solchen nur eine Haftung ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld verstehen, womit aber der dem Schuldner hier zu Gute kommende Umstand gewiss nichts zu thun hat. Im Gegenteile spricht es für die hier vertretene Ansicht, dass der Unschuldbeweis des fullo und der ihm in dieser Beziehung Gleichstehenden beim Vorkommen eines Diebstahls ausgeschlossen sei, wenn dem Schuldner hier ein Verteidigungsmittel an die Hand gegeben wird, das einerseits als die einzige Rettung hingestellt ist, andererseits aber dem Beklagten doch nur teilweise zu helfen vermag. — Wenn auch für sich allein betrachtet nicht beweisend, dürfte doch im Zusammenhalte mit dem bisher für die unbedingte Diebstahlhaftung angeführten auch l. 16 in fine dig. 13,1 zur Unterstützung unserer Behauptung dienen, während die herrschende Lehre mit dieser Stelle durchaus nichts anzufangen weiss. Es ist nämlich in derselben von der actio commodati die Rede, von welcher gesagt wird, dass in ihr non facile ultra culpam gehaftet werde, während es vom depositum ganz be-

---

1) Cf. l. 25 § 8 dig. 19,2. Auch hier wird die satisfactio des dominus als selbstverständliche Folge des Verlustes der anvertrauten Gegenstände hingestellt. Diese Stelle steht mit der soeben besprochenen hinsichtlich des Zeitpunktes des Überganges der actiones auf den Schuldner durchaus nicht in Widerspruch. Denn hier ist (im Gegensatze zu l. 60 cit.) von der freiwilligen Satisfaktion des Schuldners die Rede, wie aus der Nichterwähnung der condemnatio hervorgeht; hier muss dann natürlich der dominus die Klage bei der Zahlung cediren. Dass aber gerade die freiwillige Satisfaktion erwähnt wird, beweist wieder, dass dieselbe häufig hier vorkam, weil der Schuldner sich von einem Prozesse wegen seiner unbedingten Haftung nichts versprechen konnte und daher lieber gleich gezahlt haben wird.

stimmt heisst, dass die Haftung nicht ultra dolum malum gehe[1]). Man wird dies wohl nicht anders verstehen können (worauf auch schon Brinz aufmerksam gemacht hat), dass, wenn auch nicht leicht, so doch in gewissen Fällen beim Commodat über die Schuld hinaus, d. h. für Zufall gehaftet werde; denn wenn auch dil. diligentissimi patf. prästirt wird, müsste doch selbst die omissio dieses höchsten Diligenzgrades (wenn er als solcher sich wirklich von der dil. diligentis patf. unterschiede) wenn auch als noch so geringe, so doch jedenfalls noch als culpa, als Schuld bezeichnet werden[2]). Die Stelle enthält

1) Man hat zwar versucht, dieses non facile ultra culpam teneri auf die Fälle zu deuten, wo durch ausdrücklichen Vertrag eine Haftung für Zufall übernommen wird, woran man auch m. E. zunächst zu denken hätte, wenn nicht ausdrücklich vom depositum (im Gegensatz zum commodatum) gesagt wäre, dass hier nicht ultra dolum gehaftet wird, während doch auch beim depositum eine Übernahme von culpa, ja sogar von casus vorkam (arg. l. 1 § 35 dig. 16,3).

2) Ich befinde mich hier mit Baron im Widerspruch, der a. a. O. die Haftung für dil. diligentissimi patf. oder exacta und exactissima dil. als etwas ausserhalb der Culpahaftung gelegenes erklärt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass zwischen dem diligens und diligentissimus patf. eine Grenze schwer zu ziehen sein dürfte und dass besonders für die Römer nicht anzunehmen ist, dass sie auf den Unterschied der Steigerung eines ohnehin schon einen hohen Grad von Eifer ausdrückenden Adjektivs einen so wichtigen Unterschied der Haftung basirt hätten, welche Annahme um so bedenklicher wird, wenn man daneben den ungenauen, verschwenderischen Gebrauch des Superlativs in der ganzen römischen Literatur ins Auge fasst, welche Ungenauigkeit auch auf die Rechtssprache nicht ohne Einfluss geblieben sein kann und auch in Wirklichkeit nicht geblieben ist (cf. z. B. Windscheid Pand. I. S. 218 Note 6 zu l. 6 dig. 4,3). Aber selbst angenommen, dass die Römer einen Unterschied zwischen diligens und diligentissimus patf. statuirt hätten, so wäre doch wiederum höchst auffallend, dass sie daneben, wie Baron will (S. 50) exacta und exactissima diligentia als gleichbedeutend gebraucht hätten. Daher wird man sich wohl für Hasse entscheiden, welcher sagt, dass die Römer nur den für diligens gehalten haben, der als diligentissimus erschien. Mir wenigstens scheint der Satz des Paulus: magna negligentia culpa est doch etwas gar zu dunkel und unbestimmt, um darauf und zwar einzig und allein darauf, wie Baron thut, eine Theorie zu gründen, die jedenfalls in der Praxis gänzlich undurchführbar wäre. Baron fühlt dies wohl selbst, wenn er diese superlativischen Ausdrücke nur als Durchgangsstufen zur unbedingten Haftung hinstellt. Vgl. übrigens noch über die Theorie Barons Pernice Labeo II, 335 A. 20. Dass exactus nichts anderes als diligens ist, beweist l. 3 dig. 18,6, wo Paulus vom venditor sagt: praestat exactiorem diligentiam quam in suis rebus, während andererseits wieder prägnant von exacta diligentia als dem höchsten zu leistenden Diligenzgrade ge-

allerdings keinen speziellen Hinweis auf Diebstahl, sondern sie spricht ganz allgemein, jedoch dürfte gerade das „non facile" darauf hindeuten, dass der Jurist hier die unbedingte Diebstahlhaftung im Auge hatte, da der Diebstahl regelmässig vermeidlich ist und daher selbst trotz der Statuirung der unbedingten Haftung thatsächlich „nicht leicht" über Schuld hinaus gehaftet wurde. —

Ein sehr schöner Beweis für die unbedingte Diebstahlhaftung derjenigen, welche die actio furti haben, ergibt sich uns noch aus der dritten der oben aufgeführten Stellen, nämlich aus § 17 (19) Instt. 4,1, wo vom Depositar gesagt ist, dass er die actio furti deswegen nicht hat, „quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest, rem salvam esse, während es dagegen in § 3 Instt. 3,14 mit derselben Bestimmtheit heisst vom Depositar: obligatur (et) actione depositi qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Dem wird dann in unmittelbarem Anschlusse hieran noch beigefügt: Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque negligentiae non tenetur. Auf den ersten Blick scheinen nun diese beiden Stellen einen unvereinbaren Widerspruch zu enthalten und doch wird man kaum annehmen können, dass Tribonian (die beiden Aussprüche finden sich ja in den Institutionen) das, was er kurz vorher bejaht, in 4,1 schon vergessen hatte und hier verneinen wollte. In der That löst sich jedoch dieser Widerspruch bei genauerer Prüfung sehr einfach.

sprochen würde. Ferner wird in l. 2 § 1 dig. 18,6 die Qualität der custodia, welche diligentia (was ohne jeden näher bestimmenden Zusatz steht) erheischt, als plena, als vollkommene bezeichnet, welches Prädikat doch jedenfalls nur der dil. diligentissimi patf. in cust^o zukommen könnte, während es hier von der gewöhnlichen dil. dil. patf. gebraucht ist, wie die Alternative des dolus zur Genüge beweisen dürfte. Auch die soeben im Text besprochene l. 16 cit. ist der Baron'schen Theorie entgegen, indem der Commodatar nach Baron nicht „non facile" ultra culpam gehalten würde, sondern gerade besonders ultra culpam, weil er sich eben dadurch von den Schuldnern, welche nur für culpa haften, unterscheiden würde. Vgl. auch noch § 4 Instt. 3,14: placuit sufficere, quod ... exactam diligentiam adhiberet. und l. 25 § 7 dig. 19,2: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.

Der Depositar haftet de ea re quam accepit restituenda, d. h. er ist gehalten („tenetur"), die Sache, welche er empfangen hat, an den Eigentümer zurückzugeben, gerade so wie z. B. der Commodatar[1]). Mit anderen Worten, Gegenstand („de") seiner Haftung ist die Restitution der deponirten Sache und restituirt er daher nicht zur rechten Zeit, so ist das Grund genug, um dem Eigentümer das Recht zu verleihen, klagend gegen ihn vorzugehen; die Thatsache der Nichtrestitution für sich allein ist aber nicht genügend, um auch seine Verurteilung und damit seine endgiltige Haftung zu begründen. Denn macht er Unmöglichkeit der Rückgabe geltend und kann er nachweisen, dass dieselbe nicht durch seinen dolus herbeigeführt wurde, dann ist er frei; gelingt ihm aber dieser Nachweis nicht, dann haftet er endgiltig, d. h. er wird verurteilt, aber nicht etwa auf Grund der Nichtrestitution, sondern auf Grund seines dolus: doli nomine tenetur. Der Dolus ist für den Depositar das nomen, der Titel, auf den hin er verurteilt wird; die Thatsache der Nichtrestitution dagegen ist lediglich der Grund dafür, dass er sich vor Gericht betreffs der nicht bewerkstelligten Rückgabe verantworten muss. Daher heisst es von ihm: Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine non tenetur, indem so die blosse culpa (i. e. S.) nicht als nomen anerkannt wird, auf das hin der Depositar verurteilt werden könnte. Anders dagegen verhält es sich mit den Schuldnern, welche die actio furti haben. Hier ist die Thatsache der Nichtrestitution[2]) nicht blos Grund für die Einleitung eines Prozesses gegen dieselben (non solum de re restituenda tenentur), sondern sie ist auch einzig und allein für sich Grund zu ihrer Verurteilung; genug, dass sie nicht restituirt haben, sie haften; es braucht hier keinen besonderen Schuldtitel, die Nichtrestitution und die daher fortdauernde Verpflichtung zur Restitution ist das nomen, auf Grund dessen

---

1) Vgl. § 2 Instt. 3,14, wo vom Commodatar derselbe Ausdruck gebraucht wird.

2) Natürlich soweit Diebstahl in Frage kommt, da ja die cit. Institutionenstelle nur von der Haftung wegen Diebstahls der Sache spricht.

sie verurteilt werden: restituendae eius rei nomine tenentur[3]). Hiedurch ist von vornherein die endgiltige Haftung entschieden: es wird hier de re restituenda restituendae eius nomine gehaftet, während der Depositar blos de re restituenda doli nomine und der auftragslose Geschäftsführer blos de re restituenda culpae nomine gehalten ist. —

Dabei wollen wir es einstweilen, was den Beweis der unbedingten Diebstahlhaftung betrifft, bewenden lassen, denn es wird sich im weiteren Verlaufe der Darstellung noch oft Gelegenheit bieten, auf dieses oder jenes Argument dafür hinzuweisen; ebenso werde ich auf die Stellen, welche von den Gegnern der unbedingten Diebstahlhaftung namentlich von Hasse ins Feld geführt worden sind, soweit sie sich nicht selbst erledigen werden, erst an einem späteren Orte, wo dies besser als hier geschehen kann, näher eingehen[1]).

§ 15.

Die technische custodia.

Es gibt also eine unbedingte d. h. auf Schuld oder Nichtschuld keine Rücksicht nehmende[2]) Haftung für Diebstahl, welche überall da statt hat, wo die Quellen dem Schuldner die actio furti zuerkennen. Da diese Haftung nicht auf dem Begriffe der Schuld beruht, kann es auch nicht ein gewisser (höchster) Grad von Diligenz sein, der hier verlangt wird; die letztere kommt vielmehr gar nicht in Frage. Das, wornach gefragt wird, ist einzig und allein ein Resultat, nämlich das

---

3) Die Ursache davon, dass hier die blosse Nichtrestitution ein ausreichender Grund zur Verurteilung ist, liegt, wie wir bald sehen werden, in der custodia. Sonst kommt als Ursache hiefür vor namentlich die mora (es braucht daher beim Vorliegen derselben auch keine besondere Verschuldung mehr) und das pactum, wodurch unbedingte Haftung übernommen wird.

1) Vgl. noch die Beweise, welche für die unbedingte Diebstahlhaftung von Löhr in seiner Theorie der Culpa S. 163 ff. und namentlich in den Beiträgen S. 173 ff. angeführt werden, vor allem denjenigen, welcher aus l. 14 § ult. dig. 47,2 hergenommen ist und mir unbedingt bindend zu sein scheint. Hasse, der pag. 426 sub 4 Löhr eine Verwechslung von similitudo und Gleichheit vorwirft, hat ihn wohl nicht recht verstanden!

2) Indem hier dem Beklagten die der Klage entgegengesetzte Behauptung, dass ihn keine ihm zurechenbare Schuld treffe, schlechterdings nichts hilft.

Resultat, ob die Sache gestohlen worden ist oder nicht. Der Schuldner muss die Sache ersetzen, wenn er nicht restituiren kann, weil ihm dieselbe durch Diebstahl abhanden gekommen ist.

Es soll nun vorerst dahin gestellt bleiben, worauf sich diese strenge Haftung gründet; genug, dass sie vorhanden ist und sich in den Quellen in der unzweideutigsten Weise ausgesprochen vorfindet. Während wir aber bisher immer nur die Kehrseite dieser Haftung betrachtet haben, nämlich den Vorteil, der für den Schuldner aus ihr erwächst, wir meinen hiemit die hieraus entspringende Kompetenz zur actio furti, so wollen wir jetzt der Frage näher treten, wie denn die römischen Juristen diese Haftung selbst ausdrücken, m. a. W., was sie für einen Ausdruck gebrauchen, um zu sagen, dass unbedingt für Diebstahl gehaftet werde. Denn nach Analogie der Ausdrücke dolum, culpam, diligentiam praestare müssen wir doch auch hier eine ähnliche Bezeichnung für die Haftung erwarten. —

Der Satz: is cuius interest rem non subripi[1]), actionem furti habet enthält, wie wir gesehen haben, das allgemeine rechtliche Motiv, welches bei der Erteilung der Diebstahlsklage massgebend war. Dieses allgemeine Motiv selbst konnte nun aber wieder auf zweifache Weise begründet sein: nämlich entweder in der Natur der Sache, wie beim Eigentümer oder in dem rechtlichen Momente der Haftung und es stellt sich diese Haftung[2]) mittelbar als spezifischer Grund für die Zuerkennung der actio furti dar. Anders ausgedrückt: Gewisse Schuldner haben die actio furti, weil sie ein Interesse haben; ein Interesse aber haben sie in specie, weil sie unbedingt haften, wofür wir dann auch unter Ausschaltung des Mittelbegriffes sagen können, dass sie die actio furti haben, weil sie unbedingt haften. Dass sich auch dieser letztere Grund in den Quellen angeführt finden werde, ist von vorne-

---

1) Womit sich der andere noch gebräuchliche Ausdruck: cuius periculo res est deckt.

2) Welche, um das zum Motiv dienende Interesse begründen zu können, wie wir bereits gezeigt haben, eine unbedingte sein muss.

herein um so wahrscheinlicher, als derselbe, wie gesagt, gerade ein spezifischer, d. h. den Schuldnern (im Gegensatze zu den natürlich Interessirten) eigentümlicher ist. Und in der That finden wir denn auch den bezeichneten für die die actio furti habenden Schuldner eigentümlichen Grund sehr häufig ausgesprochen, indem es heisst: actionem furti habet, quia custodiam praestare debet oder quia custodia rei ad eum pertinet[1]) und andererseits wiederum: actionem furti non habet. quia custodiam praestare non debet[2]). Custodiam praestare kann daher nichts anderes heissen als unbedingt für Diebstahl haften. Damit erklärt sich die oben[3]) gemachte Bemerkung, dass custodia da, wo von der Kompetenz zur actio furti die Rede ist, immer ohne einen auf Diligenz hinweisenden Zusatz stehe, ganz von selbst. Custodia hat hier einen juristisch-technischen Begriff bekommen, es bedeutet hier nicht mehr den allgemeinen, jedem von aussen kommenden Unfall gegenüberstehenden Schutz, sondern custodiam praestare bezeichnet hier die unbedingte Haftung für Diebstahl; es ist darunter nicht mehr eine Verpflichtung zum Handeln verstanden, sondern vielmehr ein Einstehen für ein Resultat, nämlich dafür, dass die Sache nicht durch Diebstahl abhanden komme. Wie sich diese Beschränkung auf Diebstahl[4]) und die Herausbildung dieses technischen Begriffes von custodia überhaupt erklärt, wird später Gegenstand unserer Betrachtung sein. Für jetzt wollen wir nur dem Quellennachweis noch näher treten, dass custodia wirklich von den römischen Juristen zur Bezeichnung für unbedingte Diebstahlhaftung gebraucht wird. Zunächst wird, wie schon bemerkt, sehr häufig als Grund für die Erteilung der actio furti das custodiam praestare und zwar namentlich in zahlreichen Stellen im Digestentitel de furtis angegeben. Das Auffallendste aber ist, dass die Institutionen in 4,1 immer von custodiam praestare sprechen, während doch

1) z. B. l. 12 pr. dig. 47,2; l. 14 § 17 eod.
2) l. 14 § 10 eod.
3) cf. S. 97.
4) Was übrigens, wie wir ebenfalls unten sehen werden, nicht ganz richtig ist.

nach der Überschrift des betreffenden Titels von den Deliktsobligationen, also vom furtum und der actio furti die Rede sein soll. So der § 16 (18) l. c.: nam ut ille fullo .... custodiam praestat, ita is quoque .... necesse habet custodiam praestare und dann besonders der § 17 (19) eod.: Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit.

Man sollte darnach wirklich meinen, es handle sich um Aufzählung derjenigen Schuldner, welche custodia prästiren, und nicht etwa derjenigen, welche die actio furti haben, ein Beweis dafür, dass die custodia und die actio furti in einem untrennbaren Zusammenhange mit einander stehen. Die custodia bildet die notwendige Voraussetzung für die actio furti und umgekehrt hat derjenige, welcher die actio furti hat, immer custodia zu prästiren.

Ferner sagt Gaius in l. 5 § 1 dig. 4,9:

> Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi,

während er doch in dem principium der lex nicht von furtum, sondern nur von custodia handelt[1]). Dass aber unter dem de furto diximus die im pr. erwähnte custodia gemeint ist, sieht man sofort, wenn man die Worte beachtet, mit denen Gaius weiterfährt:

> Non enim dubitari oportet, quin is qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere (nach einer anderen Lesart recedere) videatur.

---

1) Es ist allerdings (wie oben S. 108 u. A. hiezu hervorgehoben) höchst wahrscheinlich, dass sich das quaecumque de furto diximus nicht blos auf die paar unmittelbar vorausstehenden von custodia handelnden Sätze bezogen hat, sondern dass dieser Stelle in dem Werke des Gaius, dem sie entnommen ist, ein der l. 4 von Paulus ganz ähnlicher Passus vorhergegangen ist, in welchem namentlich auch von der Kompetenz zur actio furti die Rede war. Auch daraus ergibt sich dann, dass Gaius in pr. der l. 5 cit. nur von custodia mit spezieller Beziehung auf furtum, also von der technischen custodia gesprochen haben kann, indem er die Betrachtung der Diebstahlhaftung erst mit dem quaecumque de furto diximus schliesst.

Im pr. ist nämlich davon die Rede, dass der nauta und die ihm im Edikt gleichgestellten Personen custodia prästiren; der Jurist würde nun gewiss nicht Anlass genommen haben, im Anschluss hieran eigens darauf aufmerksam zu machen, dass sich die unbedingte[1]) Haftung auch auf das damnum ab alio datum erstrecke, wenn die hier besprochene custodia auch dieses in sich begreifen würde. So gut sich nämlich die gewöhnliche custodia auf jeglichen Schutz bezieht, so würde es sich auch hier ganz von selbst verstehen, dass sowohl furtum als damnum datum den Gegenstand der Haftung bildet. Es ist demnach auch in dieser Stelle custodia wieder in der auf furtum beschränkten Bedeutung, also im technischen Sinne gebraucht. —

Eine andere Stelle, welche einen besonders evidenten Beweis dafür liefert, dass custodia die unbedingte Haftung für Diebstahl bezeichnet, ist die l. 52 § 3 dig. 17,2, die sich auch überhaupt in Bezug auf die Existenz einer unbedingten Diebstahlhaftung so klar ausspricht, als man nur wünschen kann. Die uns interessirenden Worte sind die folgenden:

> Quodsi a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit.

Also hier wird schlechthin von einem detrimentum gesprochen, das den socius ohne weiteres trifft, und diese unbedingte Verurteilung zum Schaden durch die Haftung für custodia begründet. Die custodia muss also etwas sein, das unter allen Umständen das detrimentum, nämlich die Ersatzpflicht herbeiführt. Sie kann jedoch nicht in der blossen Verpflichtung zu Handlungen bestehen, und wäre diese auch bis zur Prästation von dil. diligentissimi patf. gesteigert: denn auch die Haftung für den äussersten Fleiss ist noch keine unbedingte Haftung. Es lassen sich selbst beim furtum (wenn auch nicht leicht!) immerhin Fälle denken, wo auch nicht die geringste Negligenz von Seite des Custodienten vorhanden zu sein braucht.

---

[1]) Vgl. das zweimal gebrauchte custodiae nomine tenentur im Hinblick auf das S. 128 u. A. 3 hiezu Gesagte.

Aus alledem geht wohl zur Genüge hervor, dass die römischen Juristen da, wo sie von custodiam praestare im technischen Sinne sprechen, darunter die unbedingte Haftung für Diebstahl (wenigstens zunächst, wie wir unten sehen werden) verstanden haben. Custodia und actio furti gehen miteinander Hand in Hand, von der einen kann auf die andere geschlossen werden; sie sind gewissermassen die beiden Seiten einer Münze. Die actio furti ist das commodum, die spes lucri, welche dem damnum, dem detrimentum, das durch die custodia bedingt ist, gegenübersteht. Schon diese spes lucri, die darin besteht, dass der Schuldner alles, was er aus der actio furti von dem Dieb erlangt, wenigstens in der justinianischen Zeit behalten darf[1]), also möglicherweise ein simplum oder triplum lukrirt, weist ebenfalls darauf hin, dass das Custodiaverhältnis gewissermassen die Natur eines Versicherungsgeschäftes trägt und es also auf Fleiss im Bewahren dabei eben so wenig ankommt, als bei irgend einem Assekuranzgeschäfte. Denn, wenn die Quellen auch von einer Haftung für dil. diligentissimi patf. sprechen, so glauben sie diese Haftung doch immer durch den Hinweis auf das commodum, das der Verpflichtete bei dem Geschäfte selbst hat, genügend rechtfertigen zu können. Dass ihnen hier mehr nötig scheint, indem der dominus auch noch die actio furti gleichsam als Assekuranzprämie dem Schuldner überlassen muss[2]), wird wohl als ein unabweisbarer Fingerzeig dafür angesehen werden müssen, dass in Bezug auf die Diebstahlhaftung selbst noch mehr verlangt wird, als dil. diligentissimi patf. —

§ 16.

Die zwei Voraussetzungen der custodia im technischen Sinne.

Die custodia bildet nach dem bisher Erörterten die notwendige Voraussetzung für die Kompetenz zur actio furti[3]). Nur derjenige Schuldner hat die actio furti, welcher custodia prä-

---

1) cf. l. 22 § 3a Cod. 6,2; l. 7 pr. dig. 13,6.

2) Wenn er nicht auf die Belangung des Schuldners ganz verzichten will.

3) Von den natürlich Interessirten abgesehen.

stirt. Wer aber, müssen wir jetzt weiter fragen, prästirt denn custodia in diesem technischen Sinne, so dass es die unbedingte Haftung für Diebstahl bedeutet? Was müssen alles für Voraussetzungen gegeben sein, um von einem Schuldner sagen zu können, dass er custodia prästire, dass er für Diebstahl unbedingt aufkommen müsse und dass er andererseits dafür die actio furti habe? —

In den meisten Stellen wird die Haftung für custodia als einzige Voraussetzung der Kompetenz zur actio furti bezeichnet: is actionem furti habet, qui custodiam praestat. Haftung für custodia nicht mehr und nicht minder ist also erforderlich, damit der Schuldner die actio furti habe. Nun aber gibt Paulus in l. 86 (85) dig. 47,2 zwei Voraussetzungen für die actio furti des Schuldners an, welche folglich in der custodia, welche sonst einfach als Voraussetzung für die Kompetenz zur actio furti hingestellt wird, sich vereinigt wieder finden müssen. Paulus sagt nämlich an dem bezeichneten Orte folgendes:

> Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate.

Grundlage für die Kompetenz zur actio furti bildet also auch nach Paulus allerdings das Interesse, das der Schuldner daran hat, dass die Sache nicht gestohlen werde. Aber dieses Interesse muss, wie wir bereits wissen, ausserdem noch einen ganz besonderen Ursprung haben, nämlich es muss aus der Custodiahaftung des Schuldners entspringen [1]). Und so setzt denn auch Paulus bei, dass zu diesem Interesse noch das Merkmal des voluntate domini tenere hinzukommen müsse, welches folgerichtig zugleich ein wesentliches Merkmal der technischen

[1]) Vgl. l. 14 § 10 dig. 47: et Julianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit, is cuiuscumque intererit, rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit. Dass dieser letztere Satz: quod . . . perierit, mit welchem offenbar die Custodiahaftung gemeint ist, unserer Behauptung einer unbedingten Haftung nicht im Wege steht, davon später!

custodia sein wird. Um custodia zu prästiren und infolge dessen die actio furti zu haben, ist daher ferner noch zweierlei erforderlich:

1. Der Schuldner muss die Sache überhaupt in seiner Detention haben. Ein rem tenere ist auch hier die Voraussetzung, geradeso wie für die custodia in gewöhnlichem Sinne. Aber für die technische custodia ist das noch nicht genug. Es muss hier noch ein zweites Erfordernis hinzukommen, nämlich:

2. Der Schuldner muss die Sache domini voluntate, er muss sie mit dem Willen oder besser durch den Willen des Herrn in seiner Detention haben. Während also für die gewöhnliche custodia, wie wir im ersten Abschnitte gesehen haben, ein blosses tenere die Voraussetzung bildet, ist es hier ein voluntate domini tenere, das gefordert wird.

Nur der prästirt custodia im technischen Sinne, welcher rem voluntate domini tenet, der die Sache durch den Willen des Herrn in seinen Händen hat.

I. Wenn wir das erste Erfordernis, das tenere, ins Auge fassen, so ergibt sich uns zunächst, dass alle diejenigen die actio furti nicht anstellen können und mithin nicht custodia prästiren, welche die Sache überhaupt nicht in ihrer Detention haben, selbst dann, wenn das Interesse bei ihnen vorhanden ist, d. h. wenn sie aus irgend einem Grunde für den Verlust der Sache durch Diebstahl einstehen. So hat die actio furti namentlich nicht der Bürge, weil er überhaupt die Sache nicht naturaliter besitzt, obwohl er für dieselbe, soweit derjenige, für den er gut gestanden ist, haftet, aufkommen muss[1]). Der Grund hievon liegt eben darin, weil nicht die custodia es ist, warum er haftet, sondern die Bürgschaft. In gleicher Weise ist ferner die Haftung des Vaters keine Custodiahaftung und erzeugt deshalb auch nicht die Kompetenz zur actio furti, obwohl er wenigstens peculio tenus für die in der Detention seines Sohnes befindliche Sache einstehen muss[2]). Auch hier fehlt die faktische Verbindung der Sache mit der Person,

---

1) cf. l. 14 § 10 dig. 47,2; l. 86 (85) cit.

2) l. 14 § 10 cit., wo Ulpian ausdrücklich diese Parallele zwischen Vater und Bürgen zieht.

welche die custodia vor allem auch in ihrer technischen Bedeutung kennzeichnet.

II. Durch das Erfordernis des voluntate domini tenere geht die custodia im technischen Sinne über die custodia im gewöhnlichen Sinne in ihren Voraussetzungen hinaus. Für sie genügt nicht das einfache tenere, sondern dieses tenere muss hier ein besonders qualifizirtes sein, eben ein voluntate domini tenere[1]). Daraus folgt, dass alle diejenigen die actio furti nicht haben, welche die Sache nicht durch den Willen des Herrn detiniren, welche ihr Innehaben nicht einer Willensäusserung des Eigentümers verdanken, um so weniger natürlich diejenigen, welche die Sache wider den Willen des Herrn in Besitz haben. Es muss also der Schuldner mit dem dominus in ein wirkliches Vertragsverhältnis getreten sein. Ein blos quasikontraktliches Verhältnis genügt nicht, um die technische Custodiahaftung zu begründen. Daher kommt die custodia auch bei den von Justinian so genannten Quasikontrakten nicht vor. Der Tutor und Curator, sowie der negotiorum gestor i. e. S. prästiren alle custodia nicht, weil sie die Sache nicht domini voluntate innehaben. Es ist hier nirgends eine auf Tradition der Sache bezügliche Willensäusserung des dominus erfolgt. Der Vormund nimmt die Sache des Mündel in seine Detention, wenn er dies für nötig hält, ohne den letzteren zu fragen, abgesehen davon, dass die Willenserklärung desselben nicht einmal als

---

1) Wie schon erwähnt, hat auf dieses zweite Erfordernis der custodia Brinz Pand. § 268 zuerst aufmerksam gemacht. Aber da er dasselbe auch für die custodia im gewöhnlichen Sinne beansprucht, so kommt er meines Erachtens dazu, die custodia lediglich als einen Vorteil zu betrachten, der dem Schuldner zu statten kommt und ihm die actio furti einträgt, und sie so mit der Kompetenz zur actio furti selbst zu verwechseln. Denn, wenn er sagt, dass der neg. gestor nicht custodia prästire und daher auch die actio furti nicht habe, aber doch bis zur dil. dil. patf., allerdings nicht wegen seiner custodia, sondern nur wegen seiner Verschuldung hafte, während andererseits der Commodatar auch nur bis zur dil. diligentis patf. verhaftet ist, aber die actio furti wegen seiner Custodiahaftung anstellen könne, so erscheint doch die custodia lediglich als ein Vorteil, nicht mehr aber als eine Verpflichtung, was mit dem custodiam praestare debere, custodiam praestare necesse habere der Quellen nicht stimmen will. Cf. z. B. § 16 (18) Instt. 4,1; l. 12 pr. dig. 47,2 u. a. m.

solche im Rechtssinne gelten könnte[1]). Der Vormund hat daher die Sache inne kraft des ihm von der Obrigkeit oder ex testamento, also vom Vater des Mündels, aber nicht von dem letzteren selbst verliehenen Rechts. Der auftragslose Geschäftsführer ferner detinirt die Sachen des Abwesenden, er thut dies auf seine eigene Faust, der Eigentümer weiss gar nichts davon, kann also auch nicht eine dahin zielende Willensäusserung gemacht haben[2]). So auch der Erbe. Auch er steht mit dem Vermächtnisnehmer nicht in einem kontraktlichen, sondern blos quasikontraktlichen Verhältnis: neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest[3]). In einem dem Quasikontrakte ähnlichen Verhältnis steht ferner der bonae fidei possessor zum dominus; auch er kann daher nicht custodia prästiren, und wenn er die actio furti hat, so hat er sie kraft eigenen Rechts, nicht aber wegen seiner Haftung[4]). — Nicht voluntate domini haben natürlich alle diejenigen eine Sache inne, qui ex maleficio de re restituenda tenentur, d. h. die malae fidei possessores. Daher prästiren auch sie nicht custodia, sondern haften lediglich wegen ihres dolus. Von einer actio furti kann bei ihnen nicht blos deswegen, weil sie nicht für custodia haften, nicht die Rede sein, sondern schon aus einem anderen Grunde nicht, nämlich quia de improbitate sua nemo consequitur actionem[5]). Aus dem Satze, dass nur derjenige

---

1) cf. l. 86 (85) cit.: item tutor vel curator . . . . non habet furti actionem, nachdem im Vorausgehenden von demjenigen die Rede ist, qui sua voluntate . . . negotia gerit.

2) l. 86 (85) cit. cf. l. 54 (53) § 3 eod.

3) § 5 Instt. 3,27.

4) l. 12 § 1 dig. 47,2.

5) l. 12 § 1 cit. cf. l. 11 eod: si honesta causa interest. Ferner l. 14 § 3 und namentlich § 4 eod. Auch diejenigen, welche die actio furti hatten, beraubten sich derselben dadurch, dass sie dolos handelten. Stellte sich daher ihr dolus heraus, bevor sie noch die actio furti anstellten, dann konnten sie dies hinfort nicht mehr thun und wir haben auch hier einen Fall, wo die actio furti zum Herrn zurückkehrte. (cf. l. 14 § 8 dig. 47,2). Hatten sie dagegen bereits durch die actio furti etwas erlangt, so konnte der Herr dies selbstverständlich mit der Kontraktsklage zurückfordern. Aus dem gleichen Grunde bekam auch derjenige, welcher die actio furti nicht hatte, dieselbe nicht durch Cession bei

die actio furti hat, welcher die Sache domini voluntate inne hat, folgt ferner, dass auch, wenn der ursprüngliche Schuldner die Sache zur Detention weiterbegibt an einen andern wider Willen und Wissen des Eigentümers dieser andere die actio furti nicht hat, sondern der erste Detentor sie behält, weil ja der zweite die Sache nicht domini voluntate hat und daher auch nicht für custodia haftet. Dem entsprechend ist denn auch die Entscheidung der l. 48 § 4 dig. 47,2:

> Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet et mihi adversus te . . . . .

Der Commodatar hat also die actio furti nicht, denn da sie dem conductor operis wegen seiner custodia zugesprochen ist, hat er sie in solidum und schliesst daher jeden anderen aus, denn duo in solidum agere non possunt.

Zu den Personen, welche aus diesem Grunde custodia nicht prästiren, gehört noch eine, welche einer besonderen Erwähnung bedarf, nämlich der Verkäufer vor der Tradition. Der Verkäufer, welcher die Sache noch nicht dem Käufer tradirt hat, muss zwar allen Fleiss auf die Beschützung und Bewahrung der Sache verwenden, aber er prästirt nicht custodia, wie wir weiter unten zeigen werden, und dies deswegen, weil bei ihm ebenfalls das voluntate domini tenere nicht zutrifft. Und zwar ist hiebei das Entscheidende nicht darin zu suchen, dass er selbst noch dominus ist und er daher die Sache nicht domini voluntate innehaben kann, da ja unter dem dominus

---

seiner Verurteilung, wenn er sich einen dolus hatte zu schulden kommen lassen und insofern besteht bezüglich der actio furti eine Ausnahme von l. 12 dig. 42,1, welche Stelle daher, was den Diebstahl anlangt, blos von der rei vindicatio und condictio furtiva zu verstehen ist. Sonst würde dieselbe mit l. 14 § 8 cit. in Widerspruch stehen und ausserdem ist ja die offenbare ratio legis bei dieser Bestimmung doch die, dass demjenigen, der dolos gehandelt hat, der eventuelle Gewinn aus der actio furti nicht gebühre; auch das nemo de improbitate sua consequitur actionem weist darauf hin, dass hiebei der Nachdruck nicht auf der formellen Kompetenz liegt, sondern vielmehr auf dem materiellen commodum der Diebstahlsklage. Cf. auch noch l. 77 (76) § 1 dig. 47,2.

der Käufer gemeint sein müsste. Aber wir haben bereits früher darauf aufmerksam gemacht, dass im Grunde genommen der Käufer doch bereits Eigentümer ist, da er mit dem Abschlusse des Kaufvertrages die Gefahr trägt. Und jedenfalls müsste man dann auch weiterhin zugestehen, dass der Verkäufer die Sache, solange der Käufer sie nicht abholt, mit der Einwilligung des letzteren in Besitz hat, und käme so wohl zu einer Custodiahaftung des Verkäufers vor der Tradition[1]). Aber das Massgebende ist nicht, ob der Verkäufer die Sache mit dem Willen des Herrn innehabe, sondern vielmehr ob er sie durch den Willen desselben besitze, d. h. ob seine Detention auf einen Willensakt des Eigentümers zurückzuführen ist. Es kommt also bei Beantwortung der Frage, ob jemand aus diesem Grunde custodia prästiren könne oder nicht, nicht darauf an, ob der betreffende Schuldner die Sache mit der Einwilligung des Herrn inne hat, sondern vielmehr darauf, ob er sie mit dem Willen desselben bekommen hat. Wenn wir uns aber diese letztere Frage bezüglich des Verkäufers vorlegen, so werden wir wohl keinen Augenblick Bedenken tragen, sie zu verneinen und daher den Verkäufer als nicht für custodia haftend zu erklären. Denn, wenn wir auch den Käufer in dieser Beziehung bereits als dominus betrachten, so leitet doch der Verkäufer seine Detention nie und nimmermehr vom Käufer ab; er besitzt zwar mit dem Willen, aber nicht durch den Willen desselben und gehört daher nicht zu denjenigen, welche rem domini voluntate detinent[2]). Übrigens

---

[1]) So gelangt auch Brinz dazu, den Verkäufer für custodia (allerdings in seinem Sinne) haftbar zu erklären. cf. Pand. § 269 A. 23.

[2]) Der innere Grund dafür, dass das domini voluntate detinere so zu fassen ist, wie im Text geschehen, wird uns später klar werden. Für jetzt möchte ich nur bemerken, dass man wohl von jedem, der auf Restitution der Sache eingeklagt wird, von diesem Augenblicke nicht mehr sagen kann, dass er die Sache mit dem Willen des Herrn inne habe und dass daher eigentlich niemand wegen seiner custodia verurteilt werden könnte. So hört auch der Depositar von dem Moment an, wo er die Sache contrectirt, also zum malae fidei possessor wird, jedenfalls auf, die Sache mit dem Willen des Eigentümers zu besitzen, aber die Quellen lassen ihn jetzt trotzdem custodia prästiren, indem sie ihm die actio furti nur deswegen absprechen, weil nemo debet ex dolo suo furti quaerere

werden wir an einem späteren Orte sehen, dass sich die Ausnahme des Verkäufers von der Custodiahaftung auf ganz natürlichem Wege ergibt und sich auch mit der grössten Sicherheit aus den Quellen selbst heraus feststellen lässt[1]). —

Es könnte nun allerdings eigentümlich erscheinen, dass dieses wichtige Erfordernis des voluntate domini tenere nur ein einzigesmal, nämlich in der citirten Stelle von Paulus,

---

actionem. Cf. l. 14 §§ 3—4 dig. 47,2. Und dies ist auch nach unserer Auffassung ganz folgerichtig. Denn mag er die Sache auch unterschlagen haben, so bleibt doch die Thatsache nach wie vor bestehen, dass sie durch den Willen des Herrn in seine Detention gekommen ist.

1) Wenn also der venditor trotzdem die actio furti hat, so hat er sie nicht wegen seiner Haftung, sondern als Eigentümer. Das Auffallende hiebei ist, dass nicht der emptor die actio furti hat, obwohl er das periculum trägt und demnach doch derjenige ist, cuius interest, weshalb ihm ja auch der Verkäufer für die Sache haftet. Cf. S. 49, 63. Aber der dominus war den Römern nicht blos ein Interessent, sondern so sehr der Interessent, dass sie, trotzdem sie als Prinzip für die Erteilung der Diebstahlsklage das Interesse aufstellten, sogar geneigt sind, die Sache umzukehren und aus dem Vorhandensein des dominium allein schon auch das Vorhandensein des Interesses zu folgern. So sagt Papinian in l. 81 (80) pr. dig. 47,2: et mea (venditoris) videtur interesse quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor. Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat . . . . . Cf. l. 14 § 17 dig. 47,2: primum quaerendum est, cuius sit epistola und l. 12 § 2 dig. eod: creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit, vor allem aber: § 13 (15) Instt. 4,1: furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit, rem non perire. Nach allen diesen Stellen erscheint demnach das Interesse nicht so fast als das Prinzip für die Erteilung der actio furti, sondern vielmehr als das Prinzip, nach welchem die iure dominii dem Eigentümer deferirte actio furti unter Umständen von diesem auf einen anderen übertragen wird. Die actio furti hat sonach der Eigentümer, solange nur irgend ein Interesse bei ihm noch nachweisbar ist; erst dann, wenn dies letztere nicht mehr der Fall ist, wird sie ihm genommen und auf den Interessenten übertragen. In Übereinstimmung hiemit haben wir daher oben den Eigentümer auch bezüglich der actio furti als denjenigen behandelt, dem in erster Linie der Rechtsschutz zur Seite stehen müsse und gerade daraus die unbedingte Haftung derjenigen Schuldner abgeleitet, welche die actio furti haben. — Wie der emptor, so hat auch nicht die Frau während der Ehe die actio furti, wenn ein zur dos gehöriger Gegenstand gestohlen wird, sondern der Mann. cf. l 49 § 1 und namentlich auch pr. dig. 47,2, wo es heisst: interdum accidit, ut non habeat furti actionem is cuius interest rem salvam esse. Den Grund hiefür haben wir soeben im Hinblicke auf den Käufer, den Gaius ebenfalls als Beispiel hätte nehmen können, auseinandergesetzt.

seinen Ausdruck gefunden hat. Ferner muss es uns Wunder nehmen, dass ein so äusserlicher und scheinbar nebensächlicher Umstand als Grund für eine Erhöhung der Haftung einerseits und die Erteilung der actio furti andererseits dienen konnte. Doch für all das wird sich, wie wir weiterhin sehen werden, eine Erklärung finden.

III. Nun aber prästirt nicht jeder, der die Sache durch den Willen des Herrn bekommen hat, schon um deswillen custodia in dem Sinne, dass er unbedingt für Diebstahl haftet. Unbedingt haften kann natürlich durch den Hinzutritt dieses Merkmals nur der, welcher auch sonst schon dem höchsten allgemeinen Prästationsgrade angehört. Also nur derjenige, welcher allgemein für dil. dil. patf. in custodiendo aufkommt, haftet für custodia, d. h. in Bezug auf Diebstahl unbedingt, wenn weiters noch das Merkmal des voluntate domini tenere bei ihm zutrifft. Paulus drückt dies aus, indem er sagt:

> Cuius interest non subripi, actionem furti habet, si et rem tenuit domini voluntate.

Wir haben bereits gesehen, dass nur der ein Interesse daran hat, dass die Sache nicht gestohlen werde, welcher wenigstens für dil. dil. patf. aufkommen muss; denn dann ist wenigstens, was die custodia, den Schutz anlangt, ein Interesse des dominus nicht mehr vorhanden[1]). Freilich, um die actio furti zu haben, ist noch ein ganz anderes Interesse notwendig, nämlich das Interesse, dass die Sache überhaupt nicht durch Diebstahl auch nicht ohne alle Schuld abhanden komme, und dieses so gesteigerte, die Kompetenz zur actio furti erzeugende Interesse tritt durch den Diebstahl nur dann ein: si et rem tenuit domini voluntate. Also das durch die Haftung für dil. dil. patf. geschaffene Interesse für custodia wird durch das Hinzutreten des domini voluntate tenere zu dem Interesse, welches die Grundlage für die actio furti bildet. Dass Paulus in unserer Stelle unter dem cuius interest non subripi nur das Interesse im Sinne hatte, das derjenige hat, welcher für den Fleiss eines

1) Vgl. oben S. 99.

fleissigen Hausvaters einsteht, geht einmal schon daraus hervor, dass er sonst wohl non subreptum esse geschrieben hätte[1]), vor allem aber daraus, dass in l. 11 dig. 47,2 derselbe Paulus kurzweg sagt: Tum is cuius interest furti habet actionem, was mit l. 86 (85) in direktem Widerspruche stünde. In l. 11 cit. spricht Paulus schlechthin von dem die actio furti begründenden Interesse; das „interest", wie es hier für die Begründung der Kompetenz zur actio furti notwendig erklärt wird, ist eben nur dann vorhanden, wenn das „interest" der l. 86 (85) zutrifft und ausserdem noch das Merkmal des voluntate domini tenere statthat. —

Paulus sagt sonach in l. 86 (85) cit. Folgendes:

Derjenige, welcher im allgemeinen für den Fleiss eines fleissigen Hausvaters im Bewahren einer Sache einsteht, haftet im besonderen in Bezug auf Diebstahl unbedingt und hat daher die Diebstahlsklage, wenn noch des weiteren hinzukommt, dass er die Sache durch den Willen des Herrn in seine Detention bekommen hat.

Wird demnach in einem Kontrakte im allgemeinen nur für dolus oder blos für dil. quam suis[2]) gehaftet, dann kann von custodia ebenfalls nicht die Rede sein, und zwar

---

1) So sagen auch die Institutionen immer cuius interest, rem salvam esse und vermeiden das zweideutige cuius interest non subripi. Wenn dagegen Ulpian in l. 10 dig. 47,2 sagt: cuius interfuit non subripi is actionem furti habet, so spricht er jedenfalls, wie schon das interfuit beweist, von dem Interesse an der custodia, an dem Schutze. Er hat aber dabei zugleich offenbar die natürlich Interessirten im Auge und für diese trifft es vollkommen zu, dass derjenige, welcher ein Interesse hatte (interfuit) vor dem Diebstahl an der custodia (im gewöhnlichen Sinne), auch immer nach dem Diebstahl ein Interesse hat am Rechtsschutze und daher zur actio furti wegen dieses seines Interesses berechtigt ist. Im Gegensatze hiezu hat Paulus in der unmittelbar folgenden l. 11 vorzugsweise die wegen ihrer Haftung Interessirten im Auge, worauf schon das si honesta causa interest und namentlich auch das tum „ferner" hinweist. —

2) Dass die dil. quam suis in dieser Beziehung nicht der dil. dil. patf. gleichsteht, obwohl sie oben als kein eigener Grad der Culpahaftung bezeichnet wurde, ergibt sich daraus, weil sie immerhin als eine Abschwächung der Haftung für dil. dil. patf. erscheint, mit der andererseits eine Erhöhung der Haftung, wie sie in der technischen custodia liegt, unvereinbar wäre.

selbst dann nicht, wenn die Voraussetzung des voluntate domini tenere gegeben ist. Aus diesem Grunde prästirt namentlich nicht custodia der Depositar, obwohl er die Sache mit dem Willen des Herrn in Händen hat. Daher sagen die Institutionen im § 17 (19) 4,1: Sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat. —

Wir haben somit, wenn wir das voluntate domini tenere als ein einziges Erfordernis betrachten, zwei Voraussetzungen für die custodia im technischen Sinne:

1. Die Sache muss durch den Willen des Herrn detinirt werden, und

2. es muss für das betreffende Rechtsverhältnis im allgemeinen die Prästation von dil. dil. patf. vorgeschrieben sein.

Und jetzt ist auch das zweifache Rätsel gelöst, das uns am Eingang dieses Abschnittes begegnet ist. Der Depositar prästirt custodia, nämlich die gewöhnliche, welche zu ihrer Voraussetzung das blosse tenere hat, welche beim Depositum so gut erfüllt ist, als bei jedem anderen Kontrakte, wo der Schuldner eine fremde körperliche Sache in Händen hat. Der Depositar prästirt nicht custodia, nämlich im technischen Sinne, so dass er unbedingt für Diebstahl verhaftet wäre; denn die Haftung geht für das depositum nur auf dolus und culpa lata, nicht aber auf dil. dil. patf., wodurch es also an der zweiten Voraussetzung der custodia im technischen Sinne mangelt. — Aus der ersten Voraussetzung, dem voluntate domini tenere erklärt sich dann auch das Nebeneinandervorkommen von dolus, culpa und dil. einerseits und custodia andererseits. Die technische custodia enthält eben ein thatsächliches Moment (voluntate domini tenere), welches nicht schon im Culpabegriff liegt. Es kann sich einer durch Vernachlässigung der Diligenz haftbar machen, auch wenn er die Sache nicht durch den Willen des Eigentümers bekommen hat. Ausserdem ist ja die custodia eine unbedingte, ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld eintretende Haftung und erklärt sich somit ihr Stehen neben und im Gegensatze zur Diligenz und überhaupt zur culpa auch schon daraus von selbst. —

Wir müssen indes noch einmal zu dem zweiten Erfordernis zurückkehren, also zu dem Erfordernis, dass für den ganzen Inhalt der Obligation dil. dil. patf. nach der Natur derselben gefordert sein muss. Denn es hängt damit eine Erscheinung zusammen, die sich in den Quellen findet. Will nämlich kurzweg ohne Aufzählung der einzelnen Prästationsstufen gesagt werden, dass der Schuldner eben soweit hafte, als eine Haftung überhaupt ex lege gehen kann, so wird mit Überspringung aller Zwischenglieder die custodia allein genannt, indem stillschweigend damit gesagt ist, dass, weil das maius (die custodia) prästirt wird, selbstverständlich auch dil. dil. patf. als minus und notwendige Voraussetzung der custodia zur Prästation kommt.

So haben wir eine ganze Reihe von Stellen, welche blos die custodia nennen, weil hier mit einem einzigen Worte alles gesagt ist. Denn haftet jemand für custodia, so haftet er für alles, was das Gesetz überhaupt, abgesehen von einem besonderen pactum, verlangt. Dahin gehört vor allem die l. 10 dig. 13,6:

> Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui res commodata est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi . . . dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam.

Also hier geht Ulpian, aus dem die Stelle ist, von dem dolus gleich auf die custodia, die unbedingte Haftung über, weil damit sofort klar ist, wie weit die Haftung überhaupt geht, d. h. was alles prästirt wird. Namentlich aber versteht sich die Prästation von dil. dil. patf. von selbst, da sie ja die notwendige Voraussetzung für custodia bildet. Das „et" ist hier = sogar, wie noch öfters in den Quellen. Auch diese Ausdrucksweise dürfte darauf hindeuten, dass die custodia die höchste Haftung ist, welche überhaupt ex lege verlangt werden kann.

Eine weitere hieher gehörige Stelle ist l. 2 dig. 7,9 in Verbindung mit l. 1 in fine eod:

> . . . omnem enim curam suscipit. Nam fructuarius custodiam praestare debet.

Hier ist cura nicht anders zu verstehen, als im Sinne von diligentia, so dass es also heisst: Der Nutzniesser übernimmt (durch die cautio usufructuaria) alle Diligenz und dies wird dann damit begründet („nam"), dass er sogar für custodia, d. h. unbedingt für Diebstahl hafte. Daher steht er natürlich für omnis diligentia, d. h. dil. dil. patf. ein. Dass cura hier für diligentia genommen werden muss und nicht in dem Sinne von cura rei, geht daraus hervor, dass sonst diese Stelle, man mag eine Meinung über custodia haben, welche man will, unverständlich bleibt. Denn, wie soll daraus, dass für custodia eingestanden wird, folgen, dass für omnis cura rei, also z. B. auch für Instandhaltung der Sache durch den gewöhnlichen Unterhalt gehaftet wird. Nimmt man custodia hier im gewöhnlichen Sinne, so folgt doch daraus, dass für Schutz gehaftet wird, nicht, dass sich die Haftung überhaupt auf omnis cura rei erstrecke, wie schon das Beispiel des Depositars beweisen dürfte. Denn es kann zwar vom Ganzen auf den Teil, aber nicht umgekehrt vom Teil auf das Ganze geschlossen werden und die custodia i. g. S. ist ja ein Teil der cura. Würde man aber custodia in dem gewöhnlich-technischen Sinne nehmen wollen, also in dem Sinne von Hasse, so bliebe auch hier der Nonsens ganz derselbe. Das „nam" (welches wohl von den Kompilatoren interpolirt ist, welche l. 2 von Paulus zwischen den als l. 1 und l. 3 in die Digesten aufgenommenen Passus aus dem 79. Buche Ulpians zum Edikte einschoben) wäre also für jeden Fall ganz und gar unerklärlich und es ist daher cura, wie noch öfter in den Quellen, hier in dem Sinne von diligentia gebraucht[1]). Aber auch so gibt das „nam"

---

[1]) Dass cura mit diligentia gleichbedeutend ist, kommt sowohl in der juristischen als auch in der nichtjuristischen Literatur der Römer sehr häufig vor und zwar erklärt sich dies daraus, dass dem Worte cura die Bedeutung „Sich angelegen sein lassen" zu Grunde liegt. cf. Georges, lat.-deutsches Wörterbuch zu cura. Fasst man nun dieses „Sich angelegen sein lassen" extensiv, so kommt man zu dem Begriffe von cura als Besorgung von Angelegenheiten und insofern ist die custodia eine species curae. Man kann aber den Grundbegriff des Wortes cura auch intensiv nehmen und dann hat es die Bedeutung von Sorgfalt, Achtsamkeit, diligentia. Dagegen wohnt dem Worte dili-

keinen erträglichen Sinn, wenn man custodia als gleichbedeutend mit dil. in cust^{a} nimmt. Denn es ist nicht logisch, daraus, das jemand für dil. in cust^{a} aufkommt, zu schliessen, dass auch im übrigen für omnis diligentia gehaftet wird. Vielmehr ist nur der umgekehrte Schluss der logisch richtige, indem kraft des Prinzips der Einheit des Haftungsgrades, wenn allgemein dil. dil. patf. für den Inhalt der Obligation gefordert wird, dies auch in specie für die custodia gelten muss[1]). Nach unserer Auffassung von der technischen custodia dagegen ergibt sich das „nam" ganz von selbst. Der Nutzniesser steht für omnis diligentia ein; denn er muss custodia prästiren, welche allgemein die Haftung für dil. dil. patf. zu ihrer notwendigen Voraussetzung hat. Dass übrigens custodia hier in dem auf Diebstahl beschränkten Sinn zu nehmen ist, scheint mir auch daraus hervorzugehen, dass l. 3 eod. fortfährt: omnes autem casus continentur huic stipulationi, quibus ususfructus amittitur: also omnes casus, nicht blos der Diebstahl allein. Dass auch das autem wie das nam ein Emblem ist, dürfte sicher anzunehmen sein. Es wurde dadurch veranlasst, dass die Kompilatoren den Gedankengang Ulpians durch Einschiebung der l. 2 von Paulus und die Erwähnung der custodia unterbrochen hatten. —

Derselbe Schluss von custodia auf diligentia, wie in der soeben besprochenen Stelle findet sich auch in l. 13 § 1 l. 14 dig. 13, 7 nur in umgekehrter Stellung wieder.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia: vis maior non venit.

Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

Es wird hier zuerst gesagt, dass die actio pigneraticia die Prästation von dolus und culpa in sich aufnehme. Durch die

---

gentia nimmermehr der Begriff der Besorgung inne und es kann daher cura sehr wohl für diligentia, aber nicht umgekehrt diligentia für cura in der ersteren Bedeutung stehen, so dass es etwa gerechtfertigt erscheinen würde, in diesem Sinne von der custodia als einer species diligentiae zu sprechen.

1) cf. oben S. 92.

Erwähnung von culpa, womit im Gegensatz zum dolus nichts anderes als die culpa levis gemeint sein kann, wissen wir bereits auch, dass dil. dil. patf. zur Prästation kommt[1]). Es wäre also jedenfalls höchst überflüssig, noch hinzuzusetzen, dass, wie beim Commodat, auch für custodia i. e. dil. in cust$^{\underline{a}}$ eingestanden werde, denn dies verstünde sich ja von selbst[2]). Jedenfalls aber dürfte es doch wahrscheinlich sein, dass der Jurist mit der Erwähnung der custodia ein neues Moment habe bringen wollen und dieses neue Moment erblicken wir eben darin, dass auch für custodia gehaftet wird, d. h. dass sich in einer bestimmten Richtung die Haftung des Pfandgläubigers sogar noch über culpa levis hinaus erstreckt und zwar wie beim Commodate. Die Exemplifizirung auf das Commodat erklärt sich dann dadurch, dass, wie später noch ausgeführt werden wird, das Commodat regelmässig, wenn von custodia die Rede ist, als Paradigma genommen wird und es dürfte sonach richtiger sein, so wie oben geschehen, zu interpungiren und das Semikolon nicht erst hinter commodato zu setzen[3]). Das Bild der Haftung beim pignus wird dann durch die Erwähnung der vis maior, um jedes Missverständnis darüber auszuschliessen, noch vervollständigt. Dagegen fanden die Compilatoren bei Ulpian, von dem die l. 13 ist, keinen direkten Ausspruch über diligentia, jedoch stiessen sie auf einen solchen bei Paulus und sie nahmen denselben auch als l. 14 auf, aber nicht ohne bei der Redaktion ein „igitur" einzuschieben, da sie sich nicht verhehlten, dass hiedurch eigentlich nichts neues gebracht, sondern nur eine unabweisbare Konsequenz aus dem Vorausgehenden

---

1) Denn wo zwar für culpa levis, aber nur für dil. quam suis gehaftet wird, wird dies als ausnahmsweise eintretende Milderung immer besonders hervorgehoben.

2) Noch auffallender wäre dies, wenn man die Interpunktion erst nach in commodato setzt, wie dies häufig geschieht. Denn dann wäre ja die culpa durch den Hinweis auf die Prästation beim Commodat so klar als man nur wünschen kann, determinirt und es wäre wiederum nicht abzusehen, warum der Jurist die Erwähnung der custodia noch für nötig fände.

3) Jedoch steht auch die andere Interpunktion unserer Auffassung der custodia nicht im Wege.

ausdrücklich konstatirt werde. *Ulpian* hat ja bereits gesagt, dass custodia zur Prästation komme, *also* auch ihre Voraussetzung, die dil. dil. patf. —

Ein weiteres für die custodia als höchste Haftung sehr bezeichnendes Fragment ist noch l. 28 Cod. 4, 65:

In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum cui resisti non potest, venire constat.

Hier wird ebenfalls, wie in l. 10 § 1 dig. 13,6 cit. von dolus direkt mit Überspringung der Mittelglieder culpa oder diligentia auf custodia übergegangen. Die Konstitution enthält sich jeder Aufzählung, sondern sagt schlechthin, es wird bei der locatio conductio alles, selbst custodia prästirt. Mit der Erwähnung der custodia ist zugleich ausgesprochen, dass im Allgemeinen für dil. dil. patf. gehaftet wird und es erschien daher überflüssig, dieselbe noch eigens hervorzuheben. Dagegen wäre durch den Hinweis auf die Prästation der Diligenz nichts ersichtlich gewesen bezüglich der custodia und hätte die letztere trotzdem noch einer besonderen Nennung bedurft: denn es steht zwar jeder, welcher in Ansehung des Diebstahls unbedingt haftet, im übrigen für dil. dil. patf. ein, aber nicht umgekehrt jeder für custodia, der zur Diligenz eines fleissigen Hausvaters verpflichtet ist. Dass custodia hier im technischen Sinne verstanden werden muss, geht daraus hervor, dass man sonst den Kaiser eines schweren Verstosses gegen die Logik zeihen müsste, wenn man nämlich custodia im gewöhnlichen Sinne als Schutz der Sache auffassen wollte. Denn diese custodia ist ja nichts ausserhalb des dolus stehendes; es gibt einen dolus in cust[o] und die Redeweise dolus *et* custodia wäre daher undenkbar. Aber auch durch die Annahme, dass custodia für dil. in cust[o] gebraucht sei, würde nur ein schiefer Sinn herauskommen; denn das Nächstliegende wäre dann wohl, dass der Kaiser damit habe sagen wollen, dass nur in Ansehung der custodia die Haftung auf dil. erhöht sei, während sie im allgemeinen blos auf dolus gehe. Dies kann aber nicht sein, wie wir bereits oben zu betonen Gelegenheit hatten, und ist auch nach anderweitigen klaren Quellenaussprüchen nicht der Fall.

Die soeben angeführten Stellen bilden eine zweite Kategorie von Quellenaussprüchen, welche von custodia im technischen Sinne handeln: es ist demnach von custodia i. t. S. entweder dann die Rede, wenn im Zusammenhang damit von der actio furti gesprochen wird oder dann, wenn kurzweg die höchste ex lege (also abgesehen von besonderem Geding) entspringende Haftung bezeichnet werden soll.

§ 17.

Die gesetzliche Haftung für custodia.

Wenn wir die beiden im vorhergehenden Paragraphen besprochenen Voraussetzungen der custodia in ihrem Verhältnisse zur Natur der letzteren näher ins Auge fassen, so erkennen wir sofort, dass das die eigenartige Natur der custodia bestimmende Moment in dem Merkmal des voluntate domini tenere zu erblicken ist. Denn gerade dieser Umstand ist es, wodurch die allgemeine Haftung für Diligenz im besonderen in der Richtung auf Diebstahl zur unbedingten erhöht wird; das Fehlen desselben ist ja der Grund, warum z. B. der negotiorum gestor nur für Diligenz und nicht für custodia haftet. Freilich müssen andererseits, um in Bezug auf Diebstahl zur unbedingten Haftung gelangen zu können, schon ausserdem Umstände gegeben sein, welche im allgemeinen eine möglichst hohe Haftung bedingen, als welche die dil. dil. patf. erscheint und insoferne können wir dieselbe allerdings als Voraussetzung für die custodia bezeichnen. Das wesentliche (weil die custodia von der dil. dil. patf. und damit von der culpa differenzirende) Merkmal der custodia besteht demnach in der Thatsache, dass die res durch den Willen des Eigentümers in die Hände des Schuldners gelangt. Wollen wir untersuchen, ob in einem konkreten Rechtsverhältnisse custodia zu prästiren sei, so frägt es sich daher vor allem, ob diese Thatsache durch den konkreten Thatbestand desselben gegeben ist. Es kommt hier auf den konkreten Thatbestand an, weil zwar wohl die voluntas und der Umstand, dass die Detention sich aus dieser voluntas her-

leitet, allgemeine Thatbestandsmerkmale der Rechtsverhältnisse sind, nicht aber der Umstand, dass die in Frage stehende Willensäusserung gerade vom Eigentümer ausgehe. So ist mit dem Begriffe des Commodats, Faustpfandes, Depositums auf Seite des Schuldners das voluntate alterius contrahentis detinere sofort gegeben; aber es ist hiemit nicht gesagt, dass der andere Kontrahent der Eigentümer der betreffenden Sache sei; dies ist vielmehr eine Frage des konkreten Thatbestandes des vorliegenden Rechtsgeschäfts[1]). Ferner ist bei der locatio conductio, societas und beim mandatum nicht einmal die Hingabe zur Detention allgemeines Thatbestandsmerkmal, indem es sich hier begrifflich gar nicht um eine körperliche Sache zu handeln braucht. Andererseits gibt es Rechtsverhältnisse, durch deren allgemeinen Thatbestand bereits die Möglichkeit einer Haftung für custodia schlechthin ausgeschlossen ist: so, wie wir oben gesehen haben, bei allen Quasikontrakten und bei der emptio venditio; es ist nämlich das voluntate domini tenere mit dem Begriff der genannten Rechtsverhältnisse nicht vereinbar, woran auch der vorliegende konkrete Thatbestand nichts zu ändern vermag[2]). —

Trifft nun in einem einzelnen Falle das voluntate domini tenere zu, so ist das Rechtsverhältnis so zu sagen custodiae capax, aber damit custodia wirklich eintrete, kommt es jetzt noch darauf an, ob auch eine so hohe Haftung, wie es die custodia ist, den Umständen angemessen erscheint. Dies ist aber jedenfalls nur dann der Fall, wenn die Verhältnisse so liegen, dass im allgemeinen die Prästation von dil. dil. patf. verlangt werden kann. So bringt es z. B. die allgemeine Natur

---

[1]) So ist es möglich, dass der Commodator, der regelmässig custodia prästirt, in einem konkreten Falle nicht für custodia aufkommt, da er seine Detention nicht direkt vom Eigentümer herleitet. Cf. l. 48 § 4 dig. 47,2 und dazu oben S. 139.

[2]) Wenn beim Kaufe, wie wir unten sehen werden, trotzdem die Prästation von custodia vorkommt, nämlich dann, wenn custodia ausdrücklich vom Verkäufer übernommen wird, so ist dies keine Haftung ex lege, von der wir hier allein sprechen und für die auch das Merkmal des voluntate domini tenere einzig und allein zutrifft, sondern eine Haftung ex pacto. Das Nähere hierüber siehe unten!

des Depositums oder der Societät mit sich, dass der Depositar nur für dolus, der Gesellschafter nur für dil. quam suis haftet: beides ist aber mit der custodia nicht zu vereinen: es ist die einfache Folge des schon erwähnten Prinzips der Einheit des Haftungsgrades. Soll hinsichtlich des Verlustes einer Sache durch Diebstahl die höchst mögliche Haftung, d. h. die unbedingte statthaben, dann muss auch im übrigen ebenso die höchst mögliche Haftung bestehen, d. h. die Haftung für dil. dil. patf. Da jedoch, wie Brinz treffend sagt[1]), „das Mass der Prästation vielmehr der besonderen, als der allgemeinen Natur der Obligationen entnommen" ist, so ergibt sich, dass bei den genannten Rechtsverhältnissen (depositum, societas) aus dem soeben bezeichneten Grunde zwar regelmässig custodia nicht zur Prästation kommt, dass aber das in der niedrigen Haftung liegende Hindernis durch konkrete Thatbestandsmomente beseitigt werden kann. Sobald ein solches Moment eintritt, das geeignet ist, die Haftung auf dil. dil. patf. zu erhöhen, haben wir von selbst auch custodia, soferne es nur an dem voluntate domini tenere nicht fehlt und das ist gesetzliche Folge selbst dann, wenn das die Haftung erhöhende Moment auf der Übereinkunft der Parteien beruht. Einen derartigen Fall enthält die l. 1 § 35 dig. 16,3, wo der sich zudrängende Depositar für culpa (levis) und sofort auch für custodia haftbar erklärt wird:

> Si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos[2]).

Ebenso wird auch beim precarium nur für dolus und culpa lata gehaftet[3]); aber post interdictum redditum steigert sich die Haftung bis zur Diligenz und hiemit von selbst auch bis zur

---

1) Pand. 2. Auflage § 267.

2) Nebenbei ist zu bemerken, dass auch hier die custodia wieder wie oben in l. 28 Cod. 4,65 im Gegensatze zu dolus, so hier im Gegensatze zu culpa, also als etwas ausserhalb der culpa stehendes betrachtet wird.

3) Und zwar, wie Ulpian sagt (l. 8 § 3 dig. 43,26): cum totum ex liberalitate descendat eius, qui precarium concessit.

custodia und der Prekarist hat daher von diesem Zeitpunkte auch die actio furti, wie dies in l. 14 § 11 dig. 47,2 ausdrücklich bezeugt ist. Wo es dagegen an dem voluntate domini tenere mangelt, da ist von Anfang an keine Möglichkeit für den Eintritt der custodia gegeben und es kann deshalb von der letzteren selbst dann nicht gesprochen werden, wenn das in der allgemeinen niedrigen Haftung bestehende Hindernis aus irgend einem besonderen Grunde wegfällt. So prästirt zwar der Prekarist post interdictum redditum custodia, aber dies ist mit nichten der Fall beim bonae fidei possessor nach Anstellung der petitorischen Klage von seite des dominus, also post litem contestatam, obwohl er von da an für Diligenz einsteht. Ferner prästirt auch der Vormund nicht custodia, wenn er ausnahmsweise für dil. dil. patf. aufkommt[1]).

Lehrreicher noch sind die Fälle, in welchen das Hindernis der niederen Haftung durch Vereinbarung der Parteien selbst weggeräumt wird. Geht die Intention derselben auch zunächst nur auf Erhöhung der Haftung bis zur culpa levis, so tritt ohne ihr Zuthun doch sofort auch die Haftung für custodia ein, wie wir bereits bemerkt haben — natürlich blos dann, wenn die Voraussetzung des voluntate domini tenere ohnehin gegeben ist. Das nächstliegende Beispiel hiefür ist der Depositar, welcher sich zur Prästirung von culpa verpflichtet[2]). Dieser Fall ist bereits in l. 1 § 35 dig. 16,3 angedeutet[3]), mit besonderer Bezugnahme aber auf den Diebstahl und die actio furti in l. 2 § 23 in fine dig. 47,8 erwähnt. Hier heisst es nämlich:

> Nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.

---

[1]) Arg. l. 54 (53) § 3 dig. 47,2: eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti, qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit. cf. l. 86 (85) dig. eod.

[2]) Womit natürlich immer culpa levis i. e. omissio dil. dil. patf. gemeint ist.

[3]) Verbis: Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. cf. l. 5 § 2 dig. 13,6.

Also die Kompetenz zur actio furti und hiemit die Haftung für custodia wird hier als selbstverständliche Folge der repromissio der blossen culpa hingestellt: weil das der custodia wesentliche Element des voluntate domini detinere so wie so schon vorhanden ist, bedarf es nur mehr der repromissio culpae, woraus dann von Gesetzeswegen die Haftung für custodia folgt. Ein ausdrückliches Custodiaversprechen ist demnach in diesen Fällen gar nicht notwendig und kommt auch thatsächlich nicht in den Quellen vor, selbst da nicht, wo die Parteien es direkt auf die Vereinbarung von custodia abgesehen haben. Denn einerseits können sie nicht einseitig in Bezug auf Diebstahl die Haftung bis zur unbedingten erhöhen, ohne dass damit nicht gleichzeitig auch im übrigen die Haftung bis zur dil. dil. patf. sich steigerte, andererseits bleibt ihr Versprechen immer ein Versprechen von Prästation der culpa bezw. der dil. dil. patf., indem sie ja durch ihre Übereinkunft nicht etwa den der custodia wesentlichen Faktor schaffen, sondern nur durch Erhöhung der Haftung im allgemeinen ein dem Eintritte der custodia im Wege stehendes Hindernis beseitigen. So erklärt sich die Erscheinung, dass die Quellen auch im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien nicht von einem Custodiaversprechen reden, sondern die custodia immer als gesetzliche Folge der durch die Parteien bewirkten Erhöhung der allgemeinen Haftpflicht hinstellen[1]. — Die l. 2 cit. setzt aber der culpae repromissio in Bezug auf den Eintritt der Kompetenz zur actio furti den Fall gleich, wo der Depositar einen Entgelt (aber nicht Lohn im Sinne der locatio conductio) empfangen hat[2]. Der Grund für die geringe Haftung des

---

[1]) Diese Fälle gehören daher hieher, wo wir von der ex lege entspringenden Custodiahaftung sprechen, während dagegen beim ausdrücklichen Custodiagedinge des Verkäufers, welches das fehlende Merkmal des voluntate domini tenere ersetzt, die Custodiahaftung keine gesetzliche, sondern eine auf dem Parteiwillen beruhende ist.

[2]) Das depositum geht hiedurch nicht in locatio conductio über; denn diese fordert (cf. § 1 Instt. 3,24) immer zu ihrem Begriffe eine certa merces statim constituta, was aber hier ausdrücklich als nicht zutreffend vorausgesetzt wird. Vom Depositum gilt sonach nicht dasselbe, was die Institutionen vom Mandat

Depositars liegt ja darin, dass er von dem Geschäfte regelmässig keinen Vorteil zieht; ist dies aber ausnahmsweise der Fall, nimmt er also eine Vergütung in irgend welcher Form für seine Leistung an, dann haftet er selbstverständlich wie jeder andere, welcher einen Vorteil bei der Sache hat[1]. — Ein Beispiel dafür, dass auch der socius ausnahmsweise für custodia haftet, gibt l. 52 § 3 dig. 17,2:

Quodsi a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit (sc. pecus).

Wurde nämlich eine Sache geschätzt übergeben[2], so lag nach der Ansicht der römischen Juristen hierin eine Willensäusserung der Kontrahenten, welche dahin zielte, die gesetzliche Haftung zu erhöhen[3]. Durch die Übergabe des pecus aestimatum musste daher jedenfalls die in der dil. quam suis liegende Milderung der Haftung fortfallen; der socius stand für diligentia dil. patf. ein und hiemit notwendigerweise auch für custodia selbst dann, wenn die Parteien zunächst gar nicht an diese Konsequenzen dachten und sich in dem Glauben befanden, ihre Haftung hiedurch überhaupt nur bis zur Diligenz zu erhöhen (cf. „debuit")[4].

Wenn die custodia, wie wir soeben dargestellt haben, durch die blosse Erhöhung der Haftung von selbst eintritt, so macht selbstverständlich umgekehrt jeder Umstand, der die regelmässige Haftung für Diligenz herabsetzt, auch die Custodiahaftung unmöglich: denn auch hier ist in concreto — und darauf kommt es ja an — die notwendige Voraussetzung für

---

sagen (§ 13 Instt. 3,26): In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere.

1) cf. auch l. 5 § 2 dig. 13,6.

2) Aber nicht venditionis causa, da sonst überhaupt Gegenstand des Vertrags nur mehr Geld ist.

3) cf. Löhr, a. a. O. S. 173.

4) Vgl. dagegen die Wirkung der aestimatio beim Commodat (l. 5 § 3 dig. 13,6); hier, wo schon ex lege für die höchste Sorgfalt eingestanden werden muss, wirkt die aestimatio (damit sie überhaupt einen Sinn hat) als allgemeiner Garantievertrag.

die custodia, welche in der Diligenz liegt, nicht gegeben. Ein Beispiel für das Vorkommen einer Herabsetzung des für die Obligation gewöhnlichen Haftungsgrades haben wir in l. 18 pr. in fine dig. 13,6, wo die Haftung des Commodatars von dil. dil. patf. auf dil. quam suis ermässigt wird und zwar merkwürdigerweise aus dem Grunde, dass hier beide Kontrahenten aus dem Leihvertrag Vorteil haben[1]). Auch sonst finden wir in den Quellen zahlreiche Beispiele von einer ausnahmsweisen Erniedrigung der Haftung; namentlich auch auf Grund einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien, welchen in dieser Beziehung durch den Satz: pacta legem contractui dant der freieste Spielraum gelassen ist[2]). —

§ 18.

Die Haftung für Besitzescustodia.

Wir haben bisher den Nachweis zu führen versucht, dass es eine unbedingte Diebstahlhaftung gebe und dass diese Haftung von den römischen Juristen mit custodia, dieses Wort in einem besonderen technischen Sinn genommen, bezeichnet wird. Um aber das Wesen dieser custodia vollständig erkennen zu können, liegt es uns ob, noch der Lösung von zwei Fragen näher zu treten, welche wir bis jetzt blos immer gestreift haben. Diese Fragen sind nun

1) Es ist dies deshalb merkwürdig, weil die Quellen fast ohne Unterschied, ob utriusque gratia oder unius solum (sc. debitoris) gratia negotium contrahitur den Schuldner für dil. dil. patf. haftbar machen. cf. l. 108 § 12 de leg. I. Es ist dies wohl dadurch zu erklären, dass man in den von l. 18 cit. behandelten Fall das Societätsverhältnis als dem Commodatsverhältnis vorherrschend betrachtete. Beide Kontrahenten verfolgen hier den gleichen Zweck: das Commodat ist nur das Mittel, den gemeinsamen Zweck zu erreichen. Dadurch wird die Richtigkeit der Emendation Hasses und Barons, nämlich statt „rebus pignori datis" „rebus societatis" zu lesen, so ziemlich gewiss.

2) cf. namentlich l. 5 § 10 dig. 13,6 und was die Vereinbarung der Kontrahenten betrifft die Worte der l. 23 dig. 50,17: Sed haec (die gesetzliche Haftung) ita nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Ebenso l. 7 § 5 § 7 dig. 2,14.

I. Wie kommt das Wort custodia zu dieser auf Haftung für Diebstahl eingeschränkten und hier wieder blos eine besonders ausgezeichnete Stufe der Haftung bezeichnenden Bedeutung? und

II. Wie erklärt sich der Zusammenhang, der zwischen dem voluntate domini tenere (welches Merkmal wir als der custodia wesentlich erkannt haben) und der custodia besteht?

Indem wir uns zunächst mit der ersteren Frage beschäftigen, erinnern wir uns an das, worauf wir schon oben[1]) hingewiesen haben, nämlich dass die custodia als Haftung für Diebstahl blos für bewegliche Sachen in Betracht kommen kann. Es ist uns aber schon früher ein Custodiabegriff begegnet, welcher dieselbe Beschränkung zeigt, und es ist daher nur natürlich, wenn wir auf den Gedanken kommen, dass der technische Custodiabegriff mit dem der Besitzescustodia, welchen wir hier meinen, in Zusammenhang stehen, wenn nicht gar mit demselben identisch sein müsse.

Oben (im § 3) wurde die Besitzescustodia definirt als die Möglichkeit für den Besitzer, die Detention seiner beweglichen Sache zu erlangen. Der Besitz bleibt solange erhalten, als sich der Besitzer diese Möglichkeit zu wahren weiss, indem für das Verhältnis nach aussen, solange sie vorhanden ist, das corpus am Besitze vom Rechte als gegeben erachtet wird. Wie gestaltet sich aber das Verhältnis des Besitzers zur Sache für den Fall, dass er die Detention derselben an einen Andern weiterbegibt? Es ist klar, dass er trotzdem nach wie vor juristisch als Besitzer erscheint, indem der Detentor als sein Stellvertreter bezüglich des corpus betrachtet wird: er besitzt immer noch animo et corpore und hat daher die possessio. Thatsächlich aber übt von dem Zeitpunkte der traditio naturalis possessionis an der Innehabende den Besitz aus und er hat somit auch die custodia; denn der juristische Besitzer bleibt dies solange, als der Detentor sich die Möglichkeit wahrt, die Detention der

---

[1]) S. 97 f.

Sache wieder zu erlangen, mit anderen Worten, solange der Detentor die Sache in seiner custodia behält, indem selbstverständlich auch hier als nicht notwendig erscheint und erscheinen kann, dass der Inhaber fortwährend die Detention thatsächlich ausübt [1]). Dagegen kommt für den juristischen Besitzer für die Zeitdauer der Obligation die Möglichkeit, die Detention der Sache zu erlangen, also die custodia nicht in Betracht. Er hat ja gerade durch den Abschluss des Geschäfts seinen Willen dahin kundgegeben, für eine bestimmte Zeit die Sache in der Detention des Schuldners zu belassen. Ebenso verhält es sich aber auch in den Fällen, wo ein Anderer die Dentention der Sache hat, ohne dass er dieselbe aus einem Willensakt des Besitzers ableitet [2]): auch hier hat von dem Augenblicke an, wo dieser Andere die Detention ergreift, nicht mehr der juristische Besitzer (zumeist der Eigentümer) die custodia, da ihr eben eine fremde Detention widerstreitet [3]). Indes verliert derselbe selbstverständlich hiedurch seinen Besitz nicht, insofern nur der Andere mit dem Willen, für ihn zu besitzen, die Sache an sich genommen hat. Die custodia aber ist beim Detentor, welcher insolange als solcher erscheint, als er sich dieselbe erhält.

Nach dem Gesagten hat also jeder, der alieno nomine besitzt, auch custodia.

---

1) Pernice Labeo II, 341 spricht die custodia den Detentoren ab aus dem Grunde, weil zur custodia notwendig der affectus possidendi i. e. rem sibi habendi gehöre. Als Beweis dafür führt er Labeo (l. 15 dig. 10,4) und Sabinus (l. 3 § 3 in fine dig. 41,2) an. Ich habe mich vergeblich bemüht, mir die Schlussfolgerung des genannten Autors angesichts der cit. Stellen klar zu machen; denn 1. enthält keine der beiden Stellen auch nur den geringsten Hinweis auf die Detentoren und 2. spricht die erste der Stellen von einem Fall, der mit der custodia ganz und gar nichts zu thun hat und auch, was die l. 3 cit. betrifft, so sagt dieselbe nicht mehr und nicht weniger, als dass derjenige, welcher einen vergrabenen Schatz auf seinem Grundstück weiss, nicht schon durch diese Thatsache an und für sich besitze, es müsse vielmehr ein loco movere hinzukommen und diese Ansicht wird von Sabinus damit begründet, dass sonst der Schatz nicht sub custodia nostra sei, indem dieselbe nur durch das Bewegen von der Stelle begründet werden könne. Vgl. über diese Stelle auch oben S. 28 (Text zu A. 3).

2) Es sind dies die Fälle der neg. gestio im weiteren Sinne.

3) Vgl. die Darstellung der custodia im § 3 und bes. S. 26.

Nun aber geschieht die Übernahme einer Sache zur blossen Detention, wie wir schon früher auseinandergesetzt haben, immer im Hinblick auf seinerzeitige Rückgabe und zwar auf eine Rückgabe dessen, was dereinst übernommen wurde. Und das ist zunächst die Detention als solche, d. h. lediglich als corpus des Besitzes betrachtet[1]), indem dieselbe dem Besitzer in der Zwischenzeit entzogen war. Unter diesem Gesichtspunkte erscheint jede Klage, welche auf restitutio eiusdem rei geht, als revocatio naturalis possessionis und dies ohne Unterschied des Rechtsverhältnisses, welches im einzelnen vorliegt. Diese Auffassung der Restitutionsklagen ist auch den Quellen nicht fremd, wie l. 38 § 10 dig. 22,1 beweist, welche mit ausdrücklicher Beziehung auf die actio depositi und commodati von einem revocare naturalem possessionem spricht[2]). Eine Rückgewährung der Detention ist jedoch blos dann möglich, wenn der Schuldner in dem gegebenen Zeitpunkte sich in der Lage befindet, die Detention der betreffenden Sache zu ergreifen, d. h. sich unmittelbar in ihren Besitz zu setzen: dies liegt ja in dem Begriffe der restitutio, welche er bewerkstelligen soll. Es bezeichnen aber die Quellen diese Möglichkeit mit dem Ausdruck custodia und da ferner der Schuldner für dieselbe haftet, so können wir kurz sagen: er prästirt custodia.

Fragen wir uns, was in diesem so gewonnenen Begriffe einer custodiae praestatio enthalten ist, so müssen wir hiebei den Standpunkt des Gläubigers und den des Schuldners auseinanderhalten. Für den ersteren kommt es einzig und allein darauf an, dass er die Detention der Sache zur bestimmten Frist erhalte[3]): sein Interesse fordert, dass er mit möglichster

---

1) Also nicht als Voraussetzung für den Genuss der Sache.

2) Ausserdem findet sich, worauf bereits oben hingewiesen wurde, die Denkform: res deterior reddita non est reddita, woraus ebenfalls hervorgeht, dass man in der Haftung für restitutio eiusdem rei zunächst und in der älteren Zeit vielleicht sogar ausschliesslich eine Verpflichtung zur Rückgabe der Detention erblickte. Vgl. hiezu auch S. 51 A. 2.

3) Wobei wir unter „Gläubiger" auch an Fälle, wie den des Käufers zu denken haben, welche wir bisher ausser Betracht gelassen haben. Der Verkäufer ist durch die actio empti gehalten, dem Käufer die Sache zu tradiren; um dies

Sicherheit darauf rechnen könne. Für den Schuldner dagegen liegt in dieser praestatio custodiae indirekt die Verpflichtung zur Abwehr aller der Unfälle, welche ihm seine Besitzescustodia zu entziehen geeignet sind, weil er hiedurch der Möglichkeit der seinerzeitigen Gewährung der Detention beraubt wird. Es ist daher seine Sache, sich vor einem dauernden Verlust der Detention zu hüten, vor allem aber davor, dass ihm dieselbe nicht durch fremden Willen entzogen werde. Dagegen verhält sich der Untergang, wie die Verschlechterung bezw. Verminderung der Sache der Besitzescustodia gegenüber indifferent, indem sich ein derartiger Verlust als Verlust der res ipsa, der Substanz der Sache nicht aber als Verlust der für den Besitz an Mobilien notwendigen Detention darstellt[1]). Somit begreift der Umfang der custodiae praestatio in dem soeben festgestellten Sinne nur die Unfälle in sich, welche direkt den Verlust der Detention, genauer gesagt, der custodia zur Folge haben. Als solche erscheinen in erster Linie die durch Personen bewirkten Detentionsentziehungen, also furtum im weiteren Sinne, im einzelnen furtum im engeren Sinne, d. i. Diebstahl, ferner rapina, effractura latronum und auch der von den Quellen häufig erwähnte incursus hostium, welcher ebenfalls Dententionsentziehungen zur Folge zu haben pflegt. Andererseits aber zerstört die Besitzescustodia jeder dauernde[2]) Detentionsverlust, durch welche Ursache er auch herbeigeführt worden sein mag. Namentlich gehören hieher auch die Fälle, wo der Schuldner selbst

---

zu können, muss er in dem gegebenen Zeitpunkte die Möglichkeit haben, die Detention der Sache unmittelbar zu ergreifen: er prästirt also ebenfalls custodia in dem im Texte festgestellten Sinne.

1) Wenn z. B. eine Sache verbrennt, so ist trotzdem die custodia an dem corpus mutatum, den Aschenüberresten noch vorhanden. Ist aber der Untergang der Sache ein totaler, so dass wirklich nichts übrig bleibt, so ist hier die Detention nicht verloren, sondern sie ist einfach nicht mehr möglich, weil kein Objekt mehr für sie da ist. Der Unterschied zwischen dem Untergang der Sache und blossem Detentionsverlust als solchem zeigt sich auch sofort, wenn wir dabei die Folgen für den Eigentümer ins Auge fassen: im ersteren Falle geht das Eigentum unter, im letzteren aber nur der Besitz, während das Eigentum bestehen bleibt.

2) So dass nicht etwa blos interim diligens inquisitio cessat. cf. oben S. 24 f.

sich der Detention begibt, in welcher Hinsicht l. 13 § 6 dig. 19,2 bemerkenswert ist:

Et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.

Der Kleiderreiniger hat das zum Reinigen übernommene Kleidungsstück vertauscht, er hat es absichtlich oder unabsichtlich (ignarus) einem anderen Kunden gegeben und damit selbstverständlich die Besitzescustodia verloren. — Andere noch hervorzuhebende Fälle sind dann das Verlieren und Nichtauffinden einer Sache, sowie auch die absichtliche (dolose) Dereliktion von seite des Schuldners; allgemein gesprochen umfasst sonach die Prästation der Besitzescustodia die Abwehr aller der Unfälle, durch welche die Detention der Sache unmittelbar zu Verlust geht, ohne dass zugleich die Substanz derselben notwendigerweise vernichtet wird. —

Wir haben im Vorausgehenden gesehen, dass man unter Zuhilfenahme des Begriffes die Besitzescustodia zu dem Begriff einer custodiae praestatio kommen kann, welcher die nämliche Einschränkung auf bewegliche Sachen und Detentionsverluste zeigt, wie der von uns unmittelbar aus den Quellen gefundene Begriff der sogenannten technischen custodia, so dass wir wohl jetzt schon annehmen dürfen, dass er mit den letzteren geradezu identisch ist. Dazu kommt aber noch folgende wichtige Bemerkung. Wenn wir von dem Begriffe der custodiae praestatio im gewöhnlichen Sinne ausgehen, so können wir, wir mögen es machen, wie wir wollen, auf keine Weise zu dem Begriff einer unbedingten Haftung, als welche sich uns die technische custodia erwiesen hat, gelangen. Denn die unbedingte Haftung tritt auch da ein, wo keine culpa vorliegt; culpa aber ist jede omissio diligentiae und ist daher nur da nicht vorhanden, wo es auch ein diligentissimus nicht anders hätte machen können[1]), also speziell auf die custodia angewandt, nur dann nicht, wenn es sich in concreto herausstellt, dass ein Schutz thatsächlich unmöglich war. Aber die Haftung für solche

[1]) cf. l. 25 § 7 dig. 19,2: culpa autem abest si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Ebenso § 2 Instt. 3,14; § 1 Instt. 3,27.

Fälle, wo ein Schutz thatsächlich nicht möglich ist (welche aber in der auf Schuld oder Nichtschuld keine Rücksicht nehmenden unbedingten Haftung inbegriffen sind), kann doch nimmermehr aus der Haftung für custodia, aus der Haftung für „Schutz" abgeleitet werden. Anders dagegen steht es mit dem custodiam praestare im Sinne von Haftung für Besitzescustodia. Der Begriff der Besitzescustodia ist kein aktueller Begriff, sondern vielmehr ein thatsächlicher: custodiam praestare in diesem Sinne heisst sonach nichts anderes, als für die Thatsache einstehen, dass zur bestimmten Zeit die Möglichkeit, die Detention der Sache unmittelbar zu ergreifen, für den Schuldner gegeben sei. Wir sehen, dass der Ausdruck custodiam praestare, so wie eben gefasst, sehr wohl fähig ist, den Begriff einer unbedingten Haftung in sich aufzunehmen: wir verlangen einfach, dass die betreffende Thatsache zutreffe; trifft sie nicht zu, gut, dann wird das Interesse prästirt, ohne dass wir dabei im geringsten Veranlassung nehmen, nach dem: Warum? des Nichtzutreffens zu fragen. Ja, wir werden sogar durch den Ausdruck custodiam praestare selbst zur Annahme einer unbedingten Haftung gedrängt, soferne wir nicht etwa bei der blossen Haftung für dolose Detentionsentäusserung von seite des Schuldners stehen bleiben wollen. Denn derselbe enthält nicht den geringsten Anhaltspunkt, um damit den Begriff eines Handeln und Thätigwerdens zu Gunsten der Sache während der Zwischenzeit zu verbinden. Es kommt ja hier nicht auf diese Zwischenzeit an, sondern die Frage nach der Besitzescustodia, d. i. nach der Möglichkeit, die Detention der Sache unmittelbar zu ergreifen, wird erst brennend in dem Zeitpunkte, wo die Sache zurückgewährt werden soll. Hier aber dreht es sich darum, ob die Sache vom Schuldner zurückgegeben werden kann und nicht etwa darum, wodurch dies demselben möglich geworden oder nicht möglich geworden ist. Es handelt sich also zunächst um ein Resultat und zwar um so mehr, wenn man sich dabei auf den Standpunkt des Gläubigers stellt. —

Sollen wir schliesslich das Verhältnis der Haftung für Besitzescustodia, wie wir sie soeben entwickelt haben, zu der

Haftung für custodia im gewöhnlichen Sinne kurz skizziren, so finden sich folgende prinzipielle Unterschiede:

1. Die Haftung für custodia i. g. S. erstreckt sich in gleicher Weise sowohl auf Unfälle, welche die Substanz der Sache, als auch auf Unfälle, welche die Detention derselben als solche bedrohen, die Haftung für Besitzescustodia dagegen nur auf die letzteren und kommt daher auch nicht, wie die custodia i. g. S. für alle körperlichen Sachen, sondern blos für die Mobilien in Betracht.
2. Dagegen ist auf der anderen Seite der Begriff der Haftung für Besitzescustodia umfangreicher als der Begriff der gewöhnlichen Custodiahaftung. Denn die letztere umfasst alle die Unfälle nicht, welche vom Custodienten (Detentor) selbst ausgehen[1]) und auch diejenigen nicht, gegen welche es vernünftigerweise kein Mittel der Abwehr gibt[2]); die erstere dagegen wendet sich namentlich auch gegen die durch eine Handlung des Schuldners selbst herbeigeführten Detentionsverluste und dann wohnt ihr begrifflich die Fähigkeit inne, sich auf alle Unfälle ohne Rücksicht auf die Möglichkeit ihrer Abwehr zu erstrecken und so zur unbedingten Haftung sich zu erheben. Sie bezweckt eben ein Resultat, während die andere zunächst ein Thätigwerden des Haftenden im Auge hat. —

§ 19.

Ursprung und geschichtliche Entwicklung der technischen Custodiahaftung.

Im Vorausgehenden wurde die Möglichkeit erwiesen, von dem Begriffe der Besitzescustodia aus zu einer auf bewegliche Sachen und Detentionsverluste eingeschränkten und hinwiederum unbedingten Haftung für „custodia“ zu gelangen. Jedoch ergibt sich hieraus nicht die Beschränkung des Vorkommens dieser Haftung auf die domini voluntate detinentes, während uns doch gerade dieses Merkmal als der custodia i. t. S.

1) Vgl. § 4 Nr. 1 (S. 31).
2) Vgl. § 5 Nr. 3 (S. 41).

wesentlich erschien. Zunächst ist, wie bereits hervorgehoben[1], nicht abzusehen, wie das Recht einem so äusserlichen und scheinbar nebensächlichen Umstande, als welcher das voluntate domini tenere bezeichnet werden muss, eine solche Bedeutung hätte beimessen sollen, um davon einen Unterschied in der Haftung abhängig zu machen. Da dem aber trotzdem so ist, so müssen wir, um eine Erklärung hiefür zu finden, der Frage näher treten, worin denn der eigentliche Unterschied besteht zwischen dem Falle, wo der Schuldner die Detention der Sache vom Eigentümer selbst ableitet und dem Falle, wo die Detentionsübernahme ohne den Willen des Herrn stattfindet. Wie wir sofort sehen, ergibt sich hier ein Unterschied sowohl vom Standpunkte des Detentors als auch von dem des Eigentümers aus. Fassen wir vorerst die Person des Schuldners in's Auge, so beobachten wir, dass da, wo das voluntate domini tenere nicht statthat, der Detentor bei der Ergreifung der Detention vorgeht, ohne auf den Herrn der Sache Rücksicht zu nehmen, also eigenmächtig oder doch kraft einer ihm anderswoher verliehenen Macht: jedoch kann dieser Umstand in Bezug auf unsere Frage schon deshalb nicht der entscheidende sein, weil das Gesetz sonst vielmehr zu einer höheren Haftung für diese Detentoren hätte kommen müssen, während in Wirklichkeit gerade das Umgekehrte zutrifft. Wir sehen uns also gezwungen, den Grund für die Verschiedenheit der Haftung zu suchen in der verschiedenen Stellung, welche der Eigentümer einnimmt. Aber auch hier wäre wiederum nicht ersichtlich, wie das Gesetz von diesem Gesichtspunkte aus hätte dazu kommen sollen, in dem Fall, wo der Konsens des dominus vorliegt eine strengere Haftung zu statuiren, als da, wo der Wille desselben umgangen ist: offenbar ist das Gegenteil das logisch richtige. Mithin kann das die strenge Haftung erzeugende Element nur in der voluntas selbst, also in der Willensäusserung des Herrn erblickt werden. Der Wille der Parteien äussert sich aber in den pactis (adiectis), welche sie dem vom

---

[1]) S. 142.

Rechte bestimmten Inhalte der Obligationen hinzufügen und der Ursprung der technischen Custodiahaftung kann daher blos aus einem pactum hergeleitet werden, in welchem der Wille des Eigentümers in Bezug auf unbedingte Haftung seinen Ausdruck gefunden hat. Der Eigentümer der Sache liess beim Abschluss des Geschäftes den Gegenkontrahenten, welchem er die Detention der Sache anvertraute, die mündliche Versicherung geben, dass das, was er hingab, nämlich die Detention, seinerzeit wieder zu ihm zurückkehren werde, d. h. er liess ihn „custodia versprechen“[1], weil die Detention der Sache nur dann gewährt werden kann, wenn die (Besitzes-) custodia zur Zeit der Rückgabe beim Schuldner vorhanden ist. Zweck dieses Versprechens war die Sicherung des Besitzes, und es konnte sich deshalb auch kein anderer dieses Custodiaversprechen geben lassen, als wer den Besitz der Sache hatte (so vor allem der dominus) oder wer wenigstens bereits bestimmt war, demnächst der Besitzer der Sache zu werden. Das letztere war namentlich der Fall beim Käufer: auch dieser konnte sich vom Verkäufer versichern lassen, dass er die Sache naturaliter tradirt bekommen werde, worin ebenfalls ein Custodiaversprechen lag, indem der Verkäufer nur dann im Stande war, sein Versprechen zu erfüllen, wenn er im gegebenen Zeitpunkte die custodia der Sache hatte[2]. — Da ferner das Versprechen in die Form der custodiae repromissio gekleidet war, so war es ganz natürlich, dasselbe als unbedingtes zu interpretiren: denn wie wir schon im vorigen § hervorhoben, ist das Versprechen der custodia das Versprechen einer Thatsache, eines Resultates und als solches muss es um so mehr aufgefasst werden, als der Gläubiger der Urheber desselben war, und es vom Standpunkte des Gläubigers wesentlich darauf ankam, dass er auf die Rückgabe bezw. Tradition der Sache sicher rechnen konnte, wobei es für ihn vollkommen gleich-

---

1) Custodiam repromittere.

2) Dagegen war ein Custodiaversprechen ausgeschlossen, wenn ein blosser Detentor die Detention eigenmächtig an einen Andern weitergab, und es haftet daher dieser Andere nicht für custodia im technischen Sinne. cf. l. 48 § 4 dig. 47,2 und oben S. 139.

giltig war, was der Schuldner t h a t, um sich die Möglichkeit der Rückgabe bezw. Tradition zu erhalten[1]). Die Frage war lediglich die: Kann der Schuldner sein gegebenes Versprechen erfüllen oder kann er es nicht erfüllen? mit anderen Worten: Hat er die Besitzescustodia der Sache oder hat er sie nicht mehr? und er haftete ohne weiters, sobald die Frage zu verneinen war. Dazu kommt noch, dass für die älteste Zeit der Rechtsentwickelung ein solches unbedingtes Custodiageding durchaus nicht der Wahrscheinlichkeit entbehrt[2]). In einer Zeit, wo das Rechtsbewusstsein im Volk noch nicht ausgeprägt war, wo das Recht sich noch mit feierlichen Formen umgeben musste, um sich Geltung zu verschaffen, wo die traditio zu Eigentum für die wichtigeren Sachen in der solennen Manzipationsform vor sich ging, wird man sich auch die traditio zur Detention nicht ohne alle Garantien denken können. Jedenfalls wird vom Herrn ausdrücklich konstatirt worden sein, dass ü b e r h a u p t tradirt wurde und dass n i c h t zu Eigentum, sondern zur blossen Detention (custodia) übertragen wurde, indem er sich zunächst gegen eine etwaige infitiatio von seite des Empfängers richtete oder gegen die Behauptung desselben, dass ihm zu Eigentum tradirt worden sei[3]). Nachdem aber einmal die custodia aus

---

1) cf. oben S. 159 f.

2) Damit stimmt überein, dass auch der Begriff der Besitzescustodia schon in früher Zeit Eingang in das Recht gefunden hat. Schon Sabinus bedient sich desselben als eines bereits feststehendes Begriffes, indem er, wie aus l. 3 § 3 dig. 41, 2 hervorgeht, blos dessen Ausdehnung auf den Besitz e r w e r b zurückweist. Dagegen wurde offenbar der Begriff der custodia im gewöhnlichen Sinne vom Recht erst viel später verwertet nämlich in Verbindung mit der Ausbildung der Culpahaftung, wofür der schon mehrfach erwähnte Satz: res deterior reddita non est reddita Zeugnis ablegen dürfte, indem man die Vermittlung dieses Satzes nicht gebraucht hätte, wenn man schon ursprünglich von einer allgemeinen Verpflichtung zur custodia (i. g. S.) ausgegangen wäre. Über das Alter des hervorgehobenen Satzes cf. S. 51 A. 2 und Pernice Labeo ibid. cit. — Was die technische custodia anlangt, so weist auch Pernice Labeo II, 354 auf die Altertümlichkeit des Ausdruckes und Begriffes hin.

3) Kommt ja selbst noch im justinianischen Rechte ein libellus rerum vor, in welchen die Frau ihre in das Haus des Mannes gebrachten Paraphernalgüter eintrug und zwar aus dem Grunde wie Ulpian sagt (l. 9 § 3 dig. 23, 3): ut certum sit in domum eius (mariti) illata ne, si quandoque separatio fiat, negetur.

dem erwähnten Grunde zur Sprache gekommen war, war es ganz natürlich, wenn der Eigentümer auf den Gedanken kam, sich ausdrücklich custodia versprechen zu lassen. Denn nur hiedurch konnte er sich wirksam sichern gegen den seinen Besitz bedrohenden Dolus des Schuldners, der in dieser Richtung ganz besonders gefährlich war. Hier kommt nämlich die Gewinnsucht der Menschen ins Spiel. Der Detentor hat kein Interesse daran, die fremde Sache zu beschädigen und zu Grunde zu richten; denn das bringt ihm keinen materiellen Vorteil. Dagegen kann er sich einen Gewinn verschaffen dadurch, dass er durch irgend welche Manipulation den Besitz der Sache dem Berechtigten, von dem er die Detention hat, hinterzieht. Es lag daher, was den Besitzverlust anlangt, die Gefahr eines dolus immer sehr nahe und es war eine besondere Vorsichtsmassregel für den Herrn, der seine Sachen einem Anderen anvertraute, geboten. Wenn der Detentor auch nicht direkt z. B. das commodatum ableugnete, so konnte er sich doch darauf hinausreden, dass ihm die Sache gestohlen worden sei, während er sie für sich aus dem Wege geräumt hatte oder er konnte sich dieselbe wirklich stehlen lassen, und gemeinschaftliche Sache mit den Dieben machen. Und in einer Zeit, wo die Culpahaftung noch nicht ausgebildet war, würde er wohl in den meisten Fällen durch den Einwand des Diebstahls losgekommen sein. Der Herr musste also selbst darauf bedacht sein, durch eine möglichst strenge Kautel den dolus des Detentors schlechtweg auszuschliessen. Dies erreichte er aber einzig und allein dadurch, dass er sich vom Detentor bezüglich der Rückgabe der Sache ein Garantieversprechen geben liess. Hieraus ersehen wir, dass das Custodiaversprechen seinen Ursprung zunächst dem Bestreben nach Abwehr des dolus verdankt[1]), — eine Erscheinung, die sich bei der umfassenderen salvum fore promissio wieder findet, indem hier nach dem ausdrücklichen Zeugnis Ulpians die Befürchtung eines dolosen Verhaltens ebenfalls zur unbedingten Haftung der Schiffer,

---

1) Daher bezeichnet Pernice Labeo II, 349 Nr. 5 die praestatio custodiae sehr richtig als Fidespflicht.

Wirte und Stallhalter für die recepta führte[1]). Die soeben erwähnte salvum fore promissio ist ferner ein Beweis dafür, dass derartige auf eine unbedingte Haftung zielende Versprechen den Römern durchaus kein fremder Gedanke waren, indem das „recipere“ der prätorischen Formel: quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo zweifellos auf ein ursprünglich ausdrücklich gegebenes Versprechen hinweist[2]), wenn man sich auch in späterer Zeit[3]) „die Mehrdeutigkeit des Wortes benutzend daran gewöhnte, das recipere von dem blos thatsächlichen, ganz formlosen Akte der Aufnahme durch dazu legitimirte Personen und das Garantieversprechen als stillschweigend darin begriffen zu verstehen“[4]). — Der Hauptbeweis aber für ein im alten Recht allgemein bei jeder Detentionsübergabe vorgekommenes ausdrückliches Custodiageding liegt in dem Custodiaversprechen, welches sich noch im geltenden Rechte findet und genau, wie wir unten sehen werden, dieselbe Beschränkung auf Detentionsverluste aufweist, wie der daneben stehende Begriff der technischen Custodiahaftung und welches die Funktion ausübt, entweder die ex lege fehlende technische custodia zu ersetzen oder, wenn die letztere schon so wie so vorhanden ist, dieselbe noch zu erhöhen, jedoch immer nur mit der Beschränkung auf Detentionsverluste[5]).

---

1) cf. l. 1 § 1 dig. 4, 9: Maxima utilitas est huius edicti quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere: ne quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus Ferner l. 3 § 1 eod. Ursprünglich beruhte diese strenge Haftung der nautae, caupones und stabularii ebenfalls auf einem ausdrücklichen Versprechen, vgl. darüber Goldschmidt in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Bd. III, S. 98 ff.

2) Vgl. namentlich den davon abhängigen Infinitiv Futur: salvum fore.

3) Und zwar wahrscheinlich schon bei Einführung des Edikts, welches nur die volle Wirksamkeit des bereits in Übung befindlichen Parteiversprechens (der salvum fore promissio) ausdrücklich sanktionirte, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum (l. 3 § 1 dig. 4, 9). cf. hiezu Goldschmidt l. c.

4) Goldschmidt a. a. O. S. 101.

5) Ein direkter Nachweis dieses ausdrücklichen, alten Custodiaversprechens lässt sich freilich bei der Mangelhaftigkeit der ältesten Rechtsquellen nicht erbringen, aber ebensowenig ein Nachweis für sein Nichtvorkommen. Dagegen

Die unbedingte Custodiahaftung wurde demnach in der ältesten Zeit begründet durch ein ausdrückliches Versprechen der Besitzescustodia, das der Herr sich vom Detentor bei der Übergabe der Sache geben liess oder auch derjenige, welcher bestimmt war, Herr derselben zu werden (wie z. B. der Käufer) mit Rücksicht auf die Tradition[1]). Daraus erklärt sich auch sofort die eine Voraussetzung für die technische Custodiahaftung, nämlich dass das betreffende Rechtsverhältnis im allgemeinen die Haftung für dil. dil. patf. verlange, auf die natürlichste Weise. Wir haben bereits früher[2]) die Ansicht vertreten, dass auch in Bezug auf die Culpahaftung die Rechtsbildung von den vertragschliessenden Parteien ausgegangen sei. Durch diese Annahme wird es selbstverständlich, dass wir die strenge Haftung für custodia bezw. das alte strenge Custodiaversprechen überall da vorfinden, wo die Verhältnisse derart gelagert waren, dass auch im übrigen das höchste Mass der Haftung (also dil. di patf.) verlangt werden konnte. War das Geschäft ein solches, welches dem Detentor Vorteil brachte, an dessen Zustandekommen er also ein Interesse hatte, so war er selbstredend gerne bereit, das Custodiaversprechen zu leisten und die strenge Haftung auf sich zu nehmen, so vor allen beim Commodate: der Commodatar hat regelmässig allein den Nutzen und nicht umsonst wird er deswegen als Vorbild in der Custodiahaftung von den Quellen hingestellt. Aber auch in den Fällen, wo utriusque utilitas versatur, wo also beide Teile bei dem Geschäfte interessirt waren, liess sich der Detentor auf das Custodiagedinge ein: so besonders in den Fällen der emptio venditio und der locatio conductio. Hier that nämlich die Konkurrenz das ihrige. Der

---

sprechen für unsere Hypothese die im Text soeben angeführten, teils der Natur der Sache, teils den Quellen selbst entnommenen Anhaltspunkte, vor allem aber, wie sich des weiteren zeigen wird, die Thatsache, dass hiedurch sämtliche Erscheinungen in Bezug auf die technische custodia eine höchst einfache Erklärung finden, so dass unsere Annahme wohl auf mehr als auf den Namen einer blossen Hypothese Anspruch machen dürfte.

1) Vgl. oben S. 165. Wenn wir hier schlechtweg vom Eigentümer (oder dem der es werden soll) sprechen, statt, wie streng genommen richtig, vom Besitzer, so sprechen wir in Übereinstimmung mit den Quellen a potiori.

2) Vgl. S. 70.

fullo und sarcinator wollte Geld verdienen; sollte er aber den Auftrag des dominus bekommen, so musste er auf das Custodiageding eingehen; denn that er es nicht, so that es eben ein anderer. Daher wird denn auch geradezu das mercedem accipere als Grund für die Custodiahaftung bezeichnet[1]). Ebenso wollte der Verkäufer seine Waare an den Mann bringen; auch er musste sich deshalb auf die Forderung des Käufers, ihm custodia zu versprechen, einlassen: denn der emptor war in in den allermeisten Fällen nicht auf ihn allein angewiesen; gab er also das Versprechen nicht, so ging der Käufer kurzweg zu einem anderen Verkäufer. Dagegen wird der Herr, da wo er allein Vorteil bei dem Geschäfte hatte, regelmässig auch auf das Custodiaversprechen haben verzichten müssen, so beim Depositum und wir finden daher hier, trotzdem dass der Depositar die Sache domini voluntate hat, die Haftung für custodia nicht[2]). — Auch das andere Erfordernis der technischen Custodiahaftung ergibt sich durch die Annahme eines ursprünglichen Custodiaversprechens insofern als selbstverständlich, indem alle

---

1) § 16 (18) Instt. 4, 1: nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, necesse habet custodiam praestare. Das mercedem accipere in dem einen und das commodum utendi in dem anderen Falle war das treibende Motiv, das den betreffenden Detentor ursprünglich zur Übernahme der strengen Haftung durch ausdrückliches Custodiaversprechen zwang („necesse habet“) und es ihm später, als die strenge Custodiahaftung bereits eine gesetzliche geworden war, unmöglich machte, sich durch Gegenvereinbarung von der strengen gesetzlichen Haftung zu befreien. Cf. noch l. 40 dig. 19,2; l. 14 § 17 dig. 47,2; l. 5 dig. 4,9.

2) Auch beim precarium wurde, aber aus einem anderen Grunde, kein Custodiaversprechen vom Herrn verlangt, nämlich cum totum ex liberalitate eius descendat, qui precarium concessit, weil also der Herr hier seine volle Liberalität walten liess und daher auch die strenge Haftung vom Prekaristen noch viel weniger verlangte, als die Haftung für culpa levis. cf. l. 8 § 3 dig. 43, 26. — An und für sich wäre nämlich durch den Umstand, dass hier der Prekarist durch die Übergabe der Sache nicht blos Detention, sondern sogar sogenannten abgeleiteten (anvertrauten) Besitz erhält, ein Custodiaversprechen nicht ausgeschlossen, indem nur „aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist“ (Windscheid, Pand. I. S. 454). Und auf das Thatsächliche kommt es auch hier, wie überall bei der custodia einzig und allein an. So haftet der Faustpfandgläubiger, obwohl er sich, was den Besitz betrifft, in derselben Lage befindet, wie der Prekarist, für custodia, ein Beweis dafür, dass auch beim pignus das Custodiaversprechen vorkam.

diejenigen, welche mit dem Eigentümer der Sache nicht kontrahirten, demselben auch nicht custodia versprechen konnten und es erklärt sich hieraus das Nichtvorkommen der technischen Custodiahaftung bei den negotiorum gestores im weiteren Sinne. —

Sobald sich indes der Verkehr mehr entwickelte und die Detentionsübernahmen fremder Sachen sich mehrten, bildete sich bald ein gewisser Usus heraus, indem sich das unbedingte Custodiaversprechen auf bestimmten Kontrakten als stets sich wiederholend festsetzte, so dass es zuletzt als naturale dieser Kontrakte erschien. So wurde es Rechtsübung, das Custodiaversprechen stillschweigend mit der Übernahme der Detention als gegeben zu betrachten. Es war dies derselbe Vorgang, wie beim receptum nautarum, wo allerdings noch ein Akt des Prätors hinzukam, um gegenüber der besonderen improbitas dieser Leute der Rechtsübung mehr Gewicht zu verleihen [1]). Das in der Übernahme subintelligirte Custodiaversprechen verschwand bald aus dem Bewusstsein der Juristen und so war die Custodiahaftung aus einer Haftung ex pacto zu einer Haftung ex lege geworden. Freilich erscheint sie uns auch noch im neuesten Recht als „legaler Zusatz“ zu dem Inhalt gegewisser Verträge, wie Baron richtig bemerkt [2]). Diese Zusatznatur erinnert eben noch an ihren Ursprung aus einem pactum adiectum, das die Parteien gewissen Verträgen hinzufügten.

An dieser Wandlung konnte jedoch ein Kontrakt nicht teilnehmen, sondern blieb vielmehr auf der alten Stufe stehen: es ist dies der Kauf [3]). Hier kam es ja gerade nur insolange auf die custodia an, als noch keine traditio stattgefunden hatte; es kam überhaupt keine Übernahme der Detention von seite des Verkäufers, der sie als Eigentümer schon ohnehin besass, vor und es war sonach auch kein äusserlich hervortretender

---

1) Vgl. oben S. 168 u. A. 2.

2) Archiv für civilistische Praxis Bd. LII. S. 61.

3) Wir heben den Kauf allein hervor, weil sich nur in Bezug auf ihn Fragmente in den Quellen finden, welche das ausdrückliche die technische Custodiahaftung erst begründende Custodiaversprechen zum Gegenstande haben. Natürlich gilt das Gleiche überall da, wo die Sachlage die ist, dass eine Sache tradirt werden soll, so vor allem auch beim Tausche und ähnlichen Fällen.

Umstand vorhanden, in dessen Eintritt man ein stillschweigendes Custodiaversprechen hätte erblicken können. Daher musste hier das Custodiageding auch nachher, als die Custodiahaftung bei den übrigen Kontrakten schon längst eine gesetzliche geworden war, noch immer in jedem einzelnen Falle ausdrücklich dem Kontrakte hinzugefügt werden, wenn man die Haftung in Hinsicht auf Detentionsverluste bis zur unbedingten erhöhen wollte. Mithin gehört auch für das geltende Recht der Verkäufer nicht zu denjenigen Personen, welche ex lege custodia prästiren: er prästirt sie nur dann, wenn er ein ausdrückliches auf custodia bezügliches Versprechen gegeben hat, und wenn ihm trotzdem die actio furti zugesprochen wird, so hat er sie qua dominus und nicht etwa wegen der Haftung für custodia[1]). Dies ergibt sich als unmittelbare Konsequenz unserer Annahme eines ursprünglich ausdrücklich, später stillschweigend mit der Detentionsübernahme gegebenen Custodiaversprechens und im folgenden Abschnitte werden wir es auch durch die Quellen selbst bestätigt finden.

Die Custodiahaftung ist allen in den Digesten excerpirten Juristen bereits eine gesetzliche: sie selbst ist vorhanden, aber ihr Ursprung ist längst vergessen. Man hält blos mehr die einzelnen Fälle der Custodiahaftung, wie sie das Recht überliefert hat, fest und nur der scharfsinnige Paulus ist es, welcher diese Fälle unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen sucht, indem er richtig das voluntate domini tenere als ein den Obligationen, in welchen custodia prästirt wird, gemeinschaftliches Merkmal erkennt. So ist es zu erklären, dass diese wichtige Voraussetzung für die Custodiahaftung blos ein einzigesmal in den Quellen Erwähnung findet. Freilich hat es nach Paulus den Anschein, als ob das Merkmal des voluntate domini tenere von jeher eine rechtliche Voraussetzung, d. h. eine Voraussetzung, an welche durch das Recht die Folge der Custodiahaftung geknüpft ist, gewesen wäre und wir bemühen uns vergeblich, die ratio legis zu ergründen, die von dem voluntate

1) Vgl. oben S. 139 ff. und namentlich S. 141 A 1.

domini tenere aus zu der in der custodia liegenden Erhöhung der Haftung führte. Dass aber dem in Wirklichkeit nicht so ist, und dass hierin vielmehr die thatsächliche Voraussetzung für die Möglichkeit eines ausdrücklichen bezw. für die Möglichkeit der Annahme eines stillschweigenden Custodiaversprechens zu erblicken ist, glauben wir im Vorausgehenden nachgewiesen zu haben.

Auch die Erscheinung, dass custodia nur da vorkommt, wo auch im übrigen das höchste Mass der Prästation statthat, wurde nachträglich aus den einzelnen Fällen abstrahirt, ohne dass man sich den natürlichen Grund hiefür klar machte, was zur Folge hatte, dass man die Haftung für custodia auch dann eintreten liess, wenn erst hinterher ein die Erhöhung der Haftung bedingender Umstand auftrat[1]).

Angesichts der unbedingten Haftung für Detentionsverluste musste natürlicherweise bezüglich derjenigen, welche sich als Delikte darstellten, bald die Frage auftauchen, wem in einem solchen Falle der daraus entspringende Deliktsanspruch zustehen solle. Es konnte sich hier selbstverständlich nur[2]) um widerrechtliche Detentionsentziehungen[3]) von seite dritter Personen, also um furtum im weiteren Sinne und die hiedurch entstehenden Ansprüche handeln. In dieser Beziehung kommen in Betracht einmal die actio furti und zwar sowohl, wenn eine heimliche als auch wenn eine gewaltsame Entziehung der Detention vorlag und dann noch die prätorische actio vi bonorum raptorum speziell für den letzteren Fall. Ausserdem war zu berücksichtigen, dass hiebei noch andere Ansprüche, welche sich nicht als Strafansprüche charakterisiren, nebenherlaufen nämlich die rei vindicatio und die condictio furtiva. Was die rei vindicatio anlangt, so war es klar, dass sie als Eigen-

---

1) So z. B. beim precarium post interdictum redditum. cf. l. 14 § 11. dig. 47, 2.

2) Also nicht um Sachbeschädigungen und die hieraus entspringende legis Aquiliae actio, da ja die technische Custodiahaftung die Sachbeschädigungen nicht umfasst.

3) bezw. Besitzesentziehungen vom Standpunkte des Eigentümers (Besitzberechtigten) aus.

tumsklage κατ' ἐξοχήν nur dem Eigentümer gebührte. Dagegen erkannte man es als sachgemäss, für die Strafklagen den Detentor als legitimirt zu erklären, da er den Schaden dem Eigentümer unbedingt ersetzen musste[1]) und er deshalb der eigentliche Bestohlene bezw. der Beraubte war, wie dies so schön in der auch sonst für die Frage der Custodiahaftung überaus interessanten l. 2 § 22 dig. 47, 8 mit Bezug auf die actio vi bonorum raptorum ausgesprochen ist. Dieselbe sagt:

> In hoc actione non utique spectamus, rem in bonis actoris esse: sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. Quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi: dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ex bonis meis hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur. § 23. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem.

Ulpian, von dem die Stelle ist, sagt hier, dass es für die Erteilung der actio vi bonorum raptorum, für welche das gleiche Prinzip gilt, wie für die Erteilung der actio furti, durchaus nicht nötig sei, dass die geraubte Sache sich im Vermögen (in bonis) des Betreffenden befunden habe, sondern dass es genüge, um das zur Voraussetzung dienende Interesse zu begründen, wenn die Sache nur aus dem Vermögen (ex bonis = ex substantia) geraubt worden sei, d. h. wenn das Vermögen (substantia) des Betreffenden durch den Raub der Sache eine Einbusse erlitten hat. Die Sache ist in diesem Falle aus seinem Vermögen weggenommen, obwohl sie nicht in demselben war, indem durch die Thatsache des Raubes selbst ein minus in seinem Vermögen entstand, und zwar ein

---

1) cf. l. 22 § 1 Cod. 6, 2: quia et ipse (commodati) actione a domino pro ea re conveniri potest.

minus, das, sofern es sich um Haftung handelt, der res ablata äquivalent ist. Könnte Ulpian, so müssen wir fragen, von einer durch den Raub bewirkten Vermögensminderung des Schuldners (welchen er ja, wie die aufgeführten Beispiele zeigen, besonders im Auge hat) sprechen, wenn diese Minderung erst noch von der Feststellung abhinge, dass sich derselbe hiebei eine Nachlässigkeit hat zu schulden kommen lassen, mit anderen Worten, wenn die Haftung keine unbedingte wäre? Der Ausdruck des Juristen ist hier bezüglich der Frage, wann das für die actio vi bonorum raptorum ebenso wie für die actio furti erforderliche Interesse als gegeben zu erachten sei, so bestimmt, dass wir schon oben bei der Ableitung der unbedingten Haftung aus dem Interessebegriff von diesem Fragmente gerne Gebrauch gemacht hätten, wenn wir nicht hätten fürchten müssen, durch die Erwähnung der actio vi bonorum raptorum die Untersuchung zu sehr zu kompliziren[1]).

Da die condictio furtiva zwar nicht Strafanspruch, jedoch Deliktsanspruch war, einhergehend neben der actio furti, so entstand die Frage, ob man dem haftenden Schuldner wegen dieser seiner Haftung die erstere oder letztere Klage zusprechen solle. Auf diese Frage spielt Ulpian in l. 14 § 16 dig. 47, 2 an, wenn er schreibt: Qualis[2]) ergo furti actio detur ei, cui res

[1]) In späterer Zeit wurde das soeben besprochene Prinzip in Ansehung der vi bonorum raptorum actio freilich nicht mehr festgehalten, indem man ihre Kompetenz ausdehnte auf alle, die nur das geringste Interesse an der Sache nachzuweisen imstande waren, von der Ansicht ausgehend, dass die gewaltsame Wegnahme im Gegensatz zum Diebstahl ein crimen publicum involvire, dessen Bekämpfung eigentlich der Gesamtheit der Staatsbürger obliege. cf. l. 2 cit. § 24. Dagegen blieb das Prinzip hinsichtlich der actio furti, auch insoweit sie mit der actio vi bonorum raptorum konkurrirte, gewahrt.

[2]) So ist zu lesen und nicht wie Baron, a. a. O. S. 58 vorschlägt: „quare", Denn 1. ist der Grund, warum die actio furti gegeben wurde, schon mehrmals vorher in der l. 14 erwähnt (nämlich quia custodiam praestare debet (debitor), und es wäre daher diese Frage völlig überflüssig. 2. Auch angenommen, Ulpian wollte den neuen Grund des periculum anführen, so wäre es doch höchst auffällig, dass er die Antwort auf die Frage in einem Nebensatze (quorum periculo res alienae sunt) folgen liesse. 3. Würde das „condictio autem" völlig unmotivirt sein. — Es ist ja bekannt, dass actio furti in einem weiteren und engeren Sprachgebrauch vorkommt, nämlich in einem weiteren auch die condictio furtiva mitumfassenden die Deliktsansprüche bezeichnenden und in einem

commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locti pignorisve accepti, si hae subreptae sunt, omnibus furti actiones (actionem?) competere: condictio autem ei demum competit qui dominium habet.

Wie wir sehen, entschied man sich für die actio furti und zwar aus dem Grunde, weil die condictio furtiva zwar innerlich ein Deliktsanspruch aber der Form nach ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung war und daher wohl nur dem zustehen konnte, aus dessen Vermögen diese Bereicherung direkt stattgefunden hatte, nämlich dem Eigentümer. — Wenn wir sagen, dass dem für custodia haftenden Schuldner die Strafklagen zustehen, so ist dies für das justinianische Recht so zu verstehen, dass derselbe auch alles, was er hiedurch erlangte, behalten durfte, so dass er also möglicherweise durch das duplum bezw. quadruplum [1]), zu dem der Dieb verurteilt wurde, einen Gewinn machte. Doch war dem nicht immer so, ja wir wissen, dass sogar noch Papinian sich darüber im Zweifel befand, ob der Schuldner nicht das lucrum dem Herrn herausgeben müsse, und sich erst in seiner „secunda definitio" dafür entschied, dass dem Schuldner auch der Gewinn gebühre, welcher Ansicht sich Justinian in l. 22 Cod. 6, 2 ausdrücklich anschloss mit der Begründung: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur ne sit damno tantummodo deditus qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare [2]). Hiedurch erhielt die custodia den Charakter eines

---

engeren, gewöhnlichen lediglich den Strafanspruch verstehenden Sprachgebrauch. So erklärt sich, dass der Ausdruck actio furti in l. 72 (71) pr. dig. 47, 2 direkt von der condictio furtiva gebraucht werden kann. Vgl. hierzu Glück, Pand. Comm, IV. § 284a A. 30. Savigny, System V § 232 N. h. und ausserdem noch zu der ganzen Frage Pernice Labeo II, 356.

1) Oder auch triplum beim furtum conceptum und oblatum. Gell. Noct. Att. XI. cap. 18 § 12. Im just. Recht antiquirt.

2) cf. l. 22 § 3a Cod. 6, 2. — Das im Text Gesagte gilt, da wie schon früher hervorgehoben der Commodatar in der l 22 cit. als Repräsentant der custodia prästirenden Schuldner steht, für diese alle. Eine einzige Ausnahme macht der Pfandgläubiger, welcher alles, was er durch die actio furti erlangt, auf das debitum anrechnen muss und zwar sowohl in dem Falle, wo er wegen seines

stillschweigenden Versicherungsvertrags, auf der einen Seite die strenge Haftung, auf der anderen die spes lucri. Die actio furti bezw. actio bonorum raptorum war gleichsam die Prämie, welche der dominus an den Detentor hingeben musste, wogegen ihn dieser gegen jeden Schaden, der aus einem etwaigen Detentionsverlust entsprang, versicherte. Und als eine Prämie, als eine Belohnung für die Übernahme einer Gefahr wird denn auch die actio furti von den Juristen immer aufgefasst: dies beweisen die soeben citirten Worte Justinians als auch die Bedingung des si honesta causa interest, welche für die actio furti gilt. —

Die Custodiahaftung ist, wie bereits betont, viel älter als die Haftung für culpa [1]). Als sich aber die Culpahaftung heraus-

---

natürlichen Interesses als auch insbesondere da, wo er wegen seiner Haftung für das pignus klagt. Die Hauptstelle hiefür, welche sich ebenfalls wiederholt auf Papinianus beruft, ist l. 22 pr. dig. 13, 7; da dieselbe im folgenden Abschnitt mit besonderer Berücksichtigung der hier vorliegenden Frage eine eingehende Besprechung erfahren wird, begnügen wir uns hier, darauf zu verweisen.

1) Es ist in der Natur des Rechts begründet und daher auch allen positiven Rechten gemeinsam, dass das Recht in der ersten Zeit seiner Entwickelung gleichsam aus dem Rohen arbeitet und mehr die Rechtssicherheit als die Gerechtigkeit im Auge behält. So erklärt sich das Vorherrschen des Strafrechts vor dem Civilrecht, so erklären sich auch die strengen unbedingten Haftungen, welche wir allenthalben in den ältesten Rechtsquellen finden. Der praktische Zweck, welcher in der Rechtssicherheit liegt, beherrscht das Recht; erst später stellt sich die Frage ein, ob die Mittel, welche diesem Zwecke dienen, auch der Gerechtigkeit entsprechen und ob nicht durch anderweitige der letzteren mehr Rechnung tragende Mittel der Zweck der Rechtssicherheit dennoch erreicht werden könne: es bricht sich allmählich das Prinzip der Gerechtigkeit, der aequitas Bahn. Das dritte Stadium der Rechtsentwicklung ist dann das, in welchem das Bedürfnis des Rechtsverkehrs bei der Rechtsbildung vorherrscht: es entstehen Rechtsinstitute, welche weder mit der Rechtssicherheit, noch mit der Gerechtigkeit in Zusammenhang stehen, sondern lediglich dem Rechtsverkehr dienen. In Bezug auf die Haftung für fremde Sachen kennzeichnen sich diese drei Perioden des Rechts wie folgt: 1. Die Periode der unbedingten Haftung (entspringend aus dem Streben nach Rechtssicherheit; vgl. unsere Darstellung der Entstehung der Custodiahaftung auf S. 166 f.); 2. die Periode der Culpahaftung, welche die Gerechtigkeit als ihr letztes Prinzip anerkennt und 3. die Periode des Auftretens der Versicherungsgeschäfte, welche äusserlich wieder zur unbedingten Haftung zurückkehren, jedoch ihrer Natur nach sich dem Gerechtigkeitsprinzip gegenüber indifferent verhalten, und der reicheren Ausgestaltung des Verkehrslebens ihre Entstehung verdanken. Wir werden unten im 5. Abschnitte sehen, dass das römische Recht, was die Haftung für fremde Sachen angeht, Ansätze für eine Entwickelung in der letzteren Richtung enthält und da-

zubilden begann, und das Prinzip: „Wo keine Schuld, da keine Haftung“ in das römische Recht Eingang fand, da bereitete die unbedingte, auf Schuld oder Nichtschuld keine Rücksicht nehmende custodia, so gut sie sich in der Praxis bewährte, der schematisirenden Theorie grosse Schwierigkeiten. Die römischen Juristen fanden durch die unbedingte Haftung ihr Gewissen beschwert; sie hatten ein auf den Culpabegriff sich stützendes Prästationsschema aufgestellt und diesem wollte sich die alte custodia nun einmal durchaus nicht fügen. Das nächstliegende war natürlich, dass man durch Anbringung einer Modifikation dem Prinzipe der Gerechtigkeit auch auf dem Gebiete der custodia Geltung zu verschaffen suchte. So statuirte man jedenfalls durch Vermittlung des Prätors die exceptio vis maioris für die Custodiahaftung wohl gleichzeitig mit der Einführung derselben bei der ebenfalls bis dahin ausnahmslosen Haftung aus der salvum fore promissio und wahrscheinlich dürfte auch diese Modifikation in Labeo ihren Urheber haben, wie dies bezüglich des receptum nautarum ausdrücklich bezeugt ist [1]). Hiemit hatte man einen Ausweg gefunden, wodurch den Forderungen der aequitas Rechnung getragen wurde, zugleich aber der Charakter der custodia als einer unbedingten Haftung nach wie vor gewahrt blieb. Indem man nämlich die Ausnahme der vis maior in die Form der exceptio kleidete, war ja gerade anerkannt, dass die Custodiahaftung nach ius civile auch in Zukunft eine unbedingte sei, dass aber der Beklagte sich von der Haftung frei machen könne, indem er vor dem Prätor, also in iure, die Einrede der vis maior vorbringt und in die formula einrücken lässt, oder aber durch sofortige Liquidstellung derselben die denegatio actionis herbeiführt. Hat dagegen der Beklagte nichts von dem gethan, sei es nun, dass er sich nicht auf vis maior berufen wollte, oder dass er es versäumt hatte — dann gab es für ihn keine Rettung mehr, der Judex musste ihn ohne weiteres verurteilen, selbst wenn

---

her bei seinem Stillstande bereits in das dritte Stadium getreten war, wovon auch noch andere Erscheinungen wie z. B. das foenus nauticum Zeugnis ablegen.

1) cf. l. 3 § 1 dig. 4, 9.

offenkundig vis maior vorlag. Und selbst nach dem Untergange des ordo iudiciorum durfte der Richter die Ausnahme der vis maior nicht ex officio beachten, sondern nur dann, wenn sie vom Beklagten einredeweise vorgebracht wurde. Daher hat auch der für custodia Haftende noch im justinianischen Recht die actio vi bonorum raptorum, abgesehen davon, dass rapina (vis) durchaus nicht schon als solche für vis maior erachtet wurde[1]). Denn der Beklagte konnte immerhin auf die Einrede der vis maior verzichten und die Anstellung der Deliktsklage vorziehen, aus welcher sich, wenn sie Erfolg hatte, sogar ein Gewinn für ihn ergab[2]). —

Was den praktischen Effekt anlangt, gab man sich auch in der Folge damit zufrieden, dass dem Beklagten wenigstens im Fall einer vis maior die Möglichkeit eröffnet war, sich von der strengen Haftung durch Vorbringen einer exceptio zu befreien. Dass man sich hiebei wirklich beruhigte, hatte namentlich darin seinen Grund, dass die römischen Juristen den praktischen Vorteil dieser jede Weiterung im Prozesse abschneidenden und eben hiedurch der Rechtssicherheit so sehr förderlichen Bestimmung sich nicht zu verhehlen vermochten, andererseits aber erkannten, dass hier die Sache doch anders liege, als wenn man bezüglich der Beschädigung der Sache eine unbedigte Haftung gefordert hätte. Wir haben schon oben[3]) den innerlich begründeten Unterschied hervorgehoben, welcher zwischen den Detentionsverlust herbeiführenden und den eine ganze oder teilweise Zerstörung der Sache nach sich ziehenden Unfällen besteht, indem die ersteren regelmässig vermeidlich, die letzteren aber ebenso regelmässig unvermeidlich sind. Aus dieser regelmässigen Vermeidbarkeit[4]) der der custodia gegenüberstehenden Unfälle erklärt sich die Beibehaltung der unbedingten Haftung geradeso wie sich aus der Schwierig-

---

1) Vgl. oben S. 36 zu l. 31 pr. dig. 19, 1.

2) Von dem mit der culpa zusammenhängenden Begriff der vis maior selbst werden wir im 4. Abschnitt handeln.

3) Vgl. S. 42 ff.

4) Welche nach Einführung der exceptio vis maioris noch in höherem Masse zutraf als dies früher der Fall war.

keit der Hintanhaltung von Substanzverletzungen von selbst versteht, dass in Bezug auf sie das Aufkommen einer unbedingten Haftung von Anfang an unmöglich war, weshalb es uns nicht wundern kann, dass wir hier keine der custodia an Strenge gleiche Haftung im römischen Rechte vorfinden. Man sah also, dass die Unfälle, welche bei der custodia in Frage kommen, durch besondere Achtsamkeit in den allermeisten Fällen wirklich abwendbar sind und daher im konkreten Falle fast immer culpa vorliegt, so dass auch bei einer unbedingten Haftung nicht leicht über culpa hinaus gehaftet wird. — Blieb man so in der Praxis bei der unbedingten Haftung stehen, so ging man dagegen in der Theorie noch weiter. Hier suchte man die custodia gänzlich unter den Gesichtspunkt der culpa und diligentia zu bringen, und sie so der allgemeinen auf den Culpabegriff begründeten Prästationstheorie einzufügen. Die Handhabe hiezu bot die soeben erwähnte Natur der Unfälle, mit denen es die custodia als unbedingte Haftung zu thun hat, namentlich aber urgirte man zu diesem Behufe den Gedanken, dass derjenige, welcher weiss, dass er unter allen Umständen haftet, wenn ihm die Detention der Sache verloren geht, im eigensten Interesse allen Fleiss, dessen er fähig ist, aufwenden wird, um sein Vermögen vor einem Schaden zu bewahren [1]. So hatte man gleichsam von rückwärts den Begriff der Diligenz in die unbedingte Custodiahaftung eingeführt; man verstand, wenn man allgemein von exactissima diligentia in custo. oder diligentia diligentissimi patf. in custo. sprach, die technische custodia mit (indem doch grösstenteils die Abwehr der Unfälle, welche dieser gegenüberstehen, auch unter den Begriff des Schutzes,

1) Wenn manche (so namentlich Löhr) das unleugbare Resultat der Betrachtung der von custodia handelnden Stellen, nämlich dass einerseits eine unbedingte Haftung unverkennbar statuirt ist, andererseits aber wieder von dem höchsten Fleiss im Bewahren gesprochen wird, sich dadurch zu erklären versuchten, dass sie sagten, die Römer haben den Diebstahl (als den Hauptfall) durch den grössten Fleiss für abwendbar gehalten, so verwechselten sie hiemit unseres Erachtens Ursache und Wirkung: nicht weil der höchste Fleiss i. e. dil. dil. patf. verlangt wurde, ergab sich wegen der besonderen Natur des Diebstahls hier eine unbedingte Haftung, sondern umgekehrt war die unbedingte Haftung die Ursache des höchsten Fleisses.

der custodia im gewöhnlichen Sinne fällt), und die bei der Erwähnung der gewöhnlichen custodia so häufig vorkommenden superlativischen Ausdrücke finden dadurch hauptsächlich ihre Erklärung. Dafür dass die römischen Juristen die unbedingte Haftung als solche trotzdem mit der Diligenz in Verbindung gebracht haben, besitzen wir das ausdrückliche Zeugnis des Theophilus. Derselbe sagt nämlich folgendes in seiner Paraphrase zu den Institutionen ad § 3a Instt. 3, 23, wo von dem ausdrücklichen Custodiaversprechen des venditor die Rede ist[1]) und für den Fall eines solchen Versprechens derselbe selbst dann für verhaftet erklärt wird, si neque dolus neque culpa interveniat, also eine unbedingte Haftung anerkannt wird:

In universum enim scito, si quid extra dolum et negligentiam (die Institutionen selbst sagen culpa!) venditoris rei acciderit, venditorem securum fore .... Si autem ante traditionem fugerit servus venditus aut etiam ab aliquo subreptus sit ita ut nec dolus nec negligentia venditoris his in rebus, argui possit, videamus an venditor inde damnum debeat pati? atque sic distinguendum est: si quidem venditor custodiam servi[2]) venditi in se recepit ad traditionem usque custodiam debet (est autem custodia diligentissima et exactissima servatio) et inde damnum proveniens agnoscet etc. Also Theophilus spricht davon, dass der Verkäufer für die Flucht oder den Diebstahl des Sklaven, ohne dass ihn eine Schuld, eine Negligenz trifft, also unbedingt aufkommen müsse für den Fall, dass er custodia ausdrücklich versprochen hat: diese custodia aber (sagt er in der Parenthese) sei die fleissigste und ausgezeichnetste Beobachtung und Bewahrung der Sache. Also auf der einen Seite Fleiss und auf der andern doch unbedingte

---

1) Durch welches derselbe erst seine Haftung für custodia begründet, indem er ex lege nicht für custodia aufkommt, wie wir bereits gezeigt haben und unten auch aus den Quellen selbst nachweisen werden.

2) Wenn hier von servus gesprochen wird, so ist zu bemerken, dass beim Kaufe der servus den übrigen Sachen in Bezug auf die Haftung für custodia gleichsteht (was sonst nicht der Fall ist), wie dies ausdrücklich von den Institutionen im Anschlusse an unsere Stelle hervorgehoben wird: idem et in ceteris animalibus aterisque rebus intellegimus.

Haftung! — Hatte man aber einmal die Diligenz in die Custodiahaftung eingeführt, so war der weitere Schritt zur culpa von selbst gethan. Den bereits berührten Umstand, dass, so oft ein Detentionsverlust eintritt, die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass eine Schuld des Detentors vorliege, indem die betreffenden Unfälle (so namentlich der Diebstahl) durch den Fleiss eines dil. patf. regelmässig vermieden werden können, verwertete man in der Theorie in der Art, dass man die unbedingte Custodiahaftung als Haftung für eine vom Gesetze fingirte culpa betrachtete[1]).

In der theoretischen Konstruktion der custodia war sonach im Laufe der Zeit eine Wandlung eingetreten; ursprünglich unbedingte Haftung aus einem Versprechen ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld ward sie schliesslich unter den Gesichtspunkt der culpa gestellt und so in das Gebäude der Culpahaftung eingefügt. Praktisch aber ist sie nach wie vor die unbedingte Haftung geblieben, jedoch mit der Erleichterung der exceptio vis maioris. Da nun das gesetzliche Gebot der Haftung seine praktische Durchführung auf dem Wege der actio findet, so ist es klar, dass auch die custodia gerade hier ihre besondere Wirksamkeit äussern muss, und es wird daher vor allem da Anlass zur Erwähnung der Custodiahaftung gegeben sein, wo es auf die Betrachtung der aktuellen Seite eines Rechtsverhältnisses ankommt. So wird der Unterschied zwischen Institutionen- und Pandektensystem durch nichts besser charakterisirt, als durch die verschiedene Behandlung der custodia im technischen Sinne. Während namentlich die Digesten sehr häufig Gelegenheit nehmen, von derselben zu sprechen, erwähnen die Institutionen die custodia nirgends, ja nicht einmal da, wo sie von der Haftung in den benannten Realkontrakten ex professo handeln[2]); blos da, wo sie von der Kompetenz zur actio furti reden, können sie natürlicherweise

[1]) Jedoch waren sich die römischen Juristen jederzeit wohl bewusst, dass diese fingirte culpa nicht in jedem Falle auch materielle culpa war. cf. l. 16 dig. 13, 1.

[2]) §§ 2—4 Instt. 3, 14.

nicht umhin, auch die Haftung für custodia zu berühren. Der Grund hievon liegt darin, dass es sich die Institutionen zur Aufgabe gemacht haben, eine wissenschaftliche für den Anfänger bestimmte Darstellung des Rechts zu geben, infolgedessen selbstverständlich das Hauptgewicht auf den theoretischen Aufbau des Rechtsgebäudes zu legen war; von hier aus aber erschien die unbedingte Custodiahaftung nur als eine besondere Seite der Culpahaftung und es war deshalb eine ausdrückliche Hervorhebung derselben um so weniger geboten, als es in der ausgesprochenen Absicht der Verfasser lag, den Geist der studirenden Jugend nicht schon von Anfang an unnötigerweise mit subtilen Rechtsbegriffen zu überlasten[1]). Was dagegen die Digesten anlangt, so sind sie, wie schon ihr Name sagt, eine Kompilation von Rechtsaussprüchen verschiedener Juristen, welche grossenteils aus Anlass der Entscheidung von praktischen Rechtsfällen entstanden sind und deshalb mehr die praktische Seite der Rechtsverhältnisse, also in erster Linie die aus denselben entspringenden actiones ins Auge fassen, so dass man geradezu von dem Aktionensystem der Digesten spricht. Hier findet daher nicht selten auch die custodia Erwähnung und zwar nicht blos in Verbindung mit der actio furti[2]), wie dies sowohl in den Justinianischen Institutionen als in den ebenfalls für den Lehrzweck berechneten Institutionen des Gaius[3]) der Fall ist. —

Wie gesagt, kam die besondere Wirksamkeit der custodia in der actio zum Vorschein, indem sie nämlich einen bestimmenden Einfluss auf den Gang derselben ausübte. Prästirte der Beklagte custodia und machte er einen Detentionsverlust geltend, so wurde er mit einem etwaigen Unschuldbeweis nicht gehört; es erfolgte ohne weiteres (weil er restituendae rei nomine nicht etwa blos de re restituenda culpae nomine gehalten ist) seine

1) cf. § 2 Instt. 1, 1.

2) cf. z. B. l. 13 § 1 dig. 13, 7: Venit autem in hac actione et dolus et culpa ...... venit et custodia; vis maior non venit.

3) Was Gaius betrifft, so erwähnt er die custodia blos in III, 206 u. 207, wo ebenfalls ex professo von der Kompetenz zur actio furti gehandelt wird.

Verurteilung, es sei denn, dass er für sich die exceptio vis maioris geltend machen konnte. War dagegen der Beklagte ein Schuldner, welcher nicht custodia prästirt, so kam es zwar auch hier in den allermeisten Fällen zu seiner Verurteilung, jedoch musste er mit dem Beweise seiner Unschuld gehört werden, mit dem Beweise, dass er alles gethan habe, was ein fleissiger Hausvater für die Sache thun kann und die Möglichkeit seiner Freisprechung war daher selbst bei einem nicht durch vis maior herbeigeführten Detentionsverlust nicht ausgeschlossen[1]. — Die andere praktische Folge der Custodiahaftung ist die Erteilung der Kompetenz zur actio furti bezw. actio vi bonorum raptorum, über welche wir bereits gesprochen haben.

Sollen wir das Resultat, welches wir hinsichtlich der technischen Custodiahaftung gefunden haben, schliesslich noch einmal in Kürze fassen, so ist es folgendes:

Die technische Custodiahaftung ist die unbedingte Haftung für Besitzescustodia (Detentionsverluste), welche auf einem ursprünglich ausdrücklich gegebenen, später durch die Übernahme der Detention als gegeben erachteten Garantieversprechen beruht und im neueren Rechte als gesetzliche strenge, jedoch durch die Zulassung der Einrede der höheren Gewalt gemilderte Haftung erscheint.

Nachdem wir jetzt die Natur der bislang sogenannten tech-

---

[1]) Zur Illustration des soeben Gesagten diene z. B. folgender Fall: Jemand, der eine ihm geliehene Sache dem Commodanten zurückzubringen im Begriffe ist, wird plötzlich auf der Strasse von einer Ohnmacht befallen, und, wie er wieder zur Besinnung kommt, findet er die Sache nicht mehr in seinem Besitze vor, weil sie ihm unterdes gestohlen worden ist. Hier dürfte der Commodatar wohl in der Regel ausser Verschulden sein, und doch haftet er, weil er custodia prästirt und keine vis maior vorliegt, wie sich uns im 4. Abschnitt zeigen wird. Denken wir uns dagegen an die Stelle des Commodatars einen neg. gestor, so wäre dieser bei dem Mangel jeglichen Verschuldens freizusprechen, obwohl ein furtum vorliegt. Hier haben wir also einen der allerdings nicht gar häufigen Fälle, wo der Commodatar wegen seiner Haftung für custodia ultra culpam gehalten ist. Auch durch grosses Raffinement des Diebes kann zwar die Schuldlosigkeit des Detentors begründet, nimmermehr aber darauf die exceptio vis maioris gestützt werden. Vgl. hierüber Abschnitt IV.

nischen Custodiahaftung erkannt haben, dürfte es angezeigt sein, diesen nichtssagenden Ausdruck mit einem passenderen zu vertauschen und wir werden daher von nun an im Gegensatze zur gewöhnlichen Custodia von Garantiecustodia sprechen, um uns jeden Augenblick die besondere Natur dieser Haftung zu vergegenwärtigen.

Als Haftung für Besitzescustodia erstreckt sich die Garantiecustodia auf alle Unfälle, welche wir im vorhergehenden Paragraphen als im Begriffe einer custodiae praestatio in diesem Sinne enthalten kennen gelernt haben [1]), so namentlich der dort citirte Fall der pallii permutatio, welcher unter den Begriff der Haftung für custodia im gewöhnlichen Sinne nicht fällt. Allgemein gesprochen umfasst die Garantiecustodia alle die Fälle, wo eine Restitution der Sache deswegen nicht möglich ist, weil die Sache sich beim Schuldner nicht mehr vorfindet und wirklich haben wir in den Digesten eine Stelle, wo das blosse non apparere rem beim Commodatar als genügender Grund für eine sofortige Verurteilung desselben anerkannt wird, so dass wir in l. 13 pr. dig. 13, 6 (die Stelle, welche wir meinen) den schönsten Beweis für den von uns entwickelten Begriff der Garantiecustodia erblicken. Das angezogene Fragment lautet:

Is, qui commodatum accepit, si non apparentis rei nomine commodati condemnetur cavendum ei est ut repertam dominus ei praestet [2]).

---

1) cf. S. 160 f. Die Garantiecustodia ist also ncht, wie wir bisher immer angenommen haben, auf Diebstahl beschränkt, sondern dieser ist nur der Hauptfall, in welchem sie praktisch wird.

2) Die Bedingung bezieht sich hier offenbar auf das non apparentis rei nomine und nicht auf das condemnetur; welches als coniunctivus iterativus aufzufassen ist, so dass der Jurist sagt: wenn der Commodatar wegen Nichtvorfindens der Sache (und nicht etwa wegen Diebstahls derselben) und so oft als er hiewegen verurteilt wird, wobei die blosse Thatsache des Nichtvorfindens an und für sich schon als Haftungstitel genügt (vgl. nomine und oben S. 128) und nicht noch das Vorliegen einer culpa erheischt wird, so oft also dies der Fall ist, muss dem Commodatar vom Eigentümer Kaution dafür gewährt werden, dass er, wenn er die Sache wiederbekomme, sie dem Commodatar prästire. Versteht sich aber der Eigentümer zu der Kaution nicht, so ist selbstverständlich

Andererseits wurde der Begriff einer Haftung für Besitzescustodia, obwohl, wie wir im vorigen § gesehen haben, an und für sich möglich ausserhalb der Garantiecustodia nicht aufgestellt, so dass bei den Schuldnern, welche die letztere nicht prästiren, kein besonderer aus der Besitzescustodia hergeleiteter und auf Detentionsverluste beschränkter Custodiabegriff sich findet: er wäre auch hier von keiner Bedeutung gewesen; denn die Haftung ging in diesen Fällen, selbst wenn es sich um Detentionsverluste handelte, nicht über die im allgemeinen zu prästirende dil. dil. patf. hinaus. Es haften daher z. B. der neg. gestor und der Verkäufer für Besitzescustodia[1]) wie für cura rei überhaupt bis zur dil. dil. patf., aber es ist kein Anlass vorhanden, die Haftung für Besitzescustodia ausdrücklich hervorzuheben, weil sie hier nichts eigentümliches hat.

§ 20.

Der Sklave.

Nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Nerva fand der Begriff der Besitzescustodia auf den servus, als ein mit anima et ratio begabtes Wesen, keine Anwendung[2]). Es konnte daher, was den Sklaven anlangt, regelmässig kein Custodiaversprechen im Sinne eines Garantieversprechens für Besitzescustodia gegeben werden. Kam aber einmal ein solches vor[3]), so war damit gesagt, dass der Sklave ausnahmsweise als mit den übrigen Sachen auf gleicher Stufe stehend betrachtet werden solle[4]), und es war die unmittelbare Folge hievon, dass in einem solchen Falle auch die custodia im gewöhnlichen Sinne, wie bei jeder anderen Sache, zur Prästation kam. Da jedoch dieses Versprechen nur in ausserordentlichen Fällen gegeben wurde, also blos ausnahmsweise vorkam, (so wenn

---

der Schuldner von jeglicher Haftung frei (analog dem Falle, wo der Eigentümer die actio furti selbst anstellt) und zwar gleichviel ob er in culpa ist oder nicht. Vgl. l. 17 § 5 eod.

1) Vgl. § 18 S. 158 Text zu A 2 und 159 A 3.

2) cf. oben § 3 S. 29.

3) cf. § 3a Instt. 3, 23.

4) Vgl. hiezu auch S. 87.

der Sklave ein erro oder fugitivus, wenn er ein Kind oder Greis war), so war es natürlich nicht möglich, dass das Garantieversprechen in der späteren Zeit auch beim Sklaven in der Übernahme von seite des Schuldners erblickt wurde, abgesehen davon, dass bei einer normalen Natur des Sklaven von Übernahme einer eigentlichen Detention gar nicht die Rede sein konnte, indem sich der Sklave selbst für seinen Herrn detinirte. Sollte also beim Sklaven Garantiecustodia stattfinden, so musste sie selbst in der spätesten Zeit für jeden einzelnen Fall durch ausdrückliches Versprechen constituirt werden; ausser der Sklave war ein Kind oder Greis, so dass er der custodia bedurfte: eine gesetzliche Garantiecustodia gab es beim normalen Sklaven nicht [1]). Trat jedoch die Garantiecustodia infolge besonderen Gedinges ein, dann erstreckte sie sich namentlich auch auf die fuga des Sklaven, für welche daher ebenfalls unbedingt eingestanden werden musste [2]). Denn die fuga servi ist ein Unfall, welcher der Besitzescustodia gegenübersteht [3]) und hieran kann auch die bereits berührte [4]) Fiktion bezüglich der Besitzerhaltung am Sklaven nichts ändern, da es bei der Haftung für Tradition bezw. Restitution des Sklaven nur auf die thatsächliche Möglichkeit der Tradition bezw. Restitution (custodia) ankommen konnte, indem der Gläubiger aus dieser zweifelhaften juristischen Fiktion auch nicht den geringsten materiellen Vorteil für sich abzuleiten vermochte. —

Wurde beim Sklaven regelmässig nicht für custodia eingestanden, so war die unabweisbare Konsequenz hievon, dass auch die actio furti regelmässig nicht dem Schuldner zustand, selbst wenn er einer von denjenigen war, die sie im übrigen hatten. Denn, wie die Quellen nicht genugsam betonen können, die actio furti kann nur der Schuldner haben, welcher custodia prästirt, und dies war ja hinsichtlich des Sklaven, abgesehen

---

1) cf. S. 121 Text zu A 2.

2) cf. § 3a Instt. 3, 23 cit.

3) Sofern einmal der Begriff der Besitzescustodia auf den Sklaven Anwendung findet.

4) Vgl. S. 88. Text zu A. 2.

vom besondern Geding, nirgends der Fall. Mit dieser zwingenden Folgerung aus dem von den römischen Juristen so präcis im Ansehung der Schuldner aufgestellten Prinzipe: actionem furti habet, qui custodiam praestat, stehen auch die Worte der l. 14 § 6 dig. 47, 2 nicht im Widerspruche, obwohl sie an und für sich betrachtet etwas zweideutig abgefasst sind. Indes betont gerade Ulpian, von dem die citirte Stelle ist, das berührte Prinzip und noch dazu in demselben Fragment[1]) des öfteren, so dass ein wirklicher Widerspruch ausgeschlossen erschiene, selbst wenn sich die betreffende Stelle nicht so zwanglos erklären liesse, als dies in Wirklichkeit möglich ist. Ulpian sagt nämlich l. c.:

> Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero. Quodsi culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit.

Die Stelle spricht zunächst von der aus dem Rechte des Pfandgläubigers entspringenden actio furti, indem sie hervorhebt, dass der creditor wenn er durch Anstellung der Diebstahlsklage bereits sein creditum (das debitum, hier decem) erhalten habe, für den Fall eines neuerlichen Diebstahls des Sklaven die actio furti nicht mehr habe, da sein (natürliches) Interesse erloschen sei. Jetzt aber erinnert sich der Jurist auf einmal, dass es auch noch ein anderes Interesse gebe, als das natürliche, das ebenfalls geeignet ist, wenn auch nicht die formelle, so doch die materielle Kompetenz zur actio furti zu verleihen und er fügt deshalb bei: jedoch ist das Gesagte nur dann richtig, wenn der Sklave ohne Verschulden des Pfandgläubigers entwendet wird, wie dies (von dolus abgesehen) immer beim Hypothekargläubiger der Fall ist. Dagegen

---

[1]) l. 14 § 10, § 15, § 17 cit.

hat das Interesse nicht aufgehört und der Gläubiger wird daher trotzdem zur Anstellung der actio furti kommen („agere potero“) falls ihn eine Schuld an dem Diebstahl trifft, nämlich dann, wenn er entweder im Bewusstsein seiner Schuld den Eigentümer (debitor) freiwillig befriedigt oder wenn er, mit der actio pigneraticia belangt, verurteilt wird. Freilich hat er auch in dem letzteren Falle die actio furti nicht in dem Sinne, wie der custodia Prästirende, aber Ulpian war es hier darum zu thun, zu zeigen, dass der creditor pigneraticius, trotzdem sein natürliches Interesse erloschen ist, noch in die Lage kommen könne[1]) gegen den Dieb mit der actio furti vorzugehen (cf. agere potero) und so erklärt sich die laxere Anwendung des Ausdrucks actionem furti competere, der sonst gewöhnlich mit dem actionem furti habere identisch gebraucht d. h. wie dieser formell verstanden wird. Wie die Ausdrucksweise der ganzen Stelle zeigt, tritt hier der Interessebegriff in den Vordergrund und infolge dieser Betonung des materiellen Gesichtspunktes kommt Ulpian dazu, auch den Begriff der Kompetenz zur actio furti materiell d. h. in dem Sinne zu fassen, dass jeder, der für eine Sache autkommen muss und somit als damnum passurus erscheint, in Gemässheit des Prinzipes commodum eius esse debet, cuius periculum est der Rechtsschutz der actio furti dem materiellen Effekte nach zusteht[2]).

---

1) Und weil es sich in der Stelle um einen Sklaven handelt, war der Jurist um so mehr veranlasst, dies hervorzuheben. Vgl. oben Seite 85 Text zu A 3.

2) Vgl. die Darstellung dieses Rechtsprinzipes S. 101 f. — Hasse fasst im Hinblick auf die besprochene Stelle das actionem furti habere bezw. actionem furti competere überhaupt auf als die Befugnis, die actio furti anzustellen, wobei dann in der Anstellung immer ein Bekenntnis der Schuld zu sehen wäre und aus diesem Grunde die Verurteilung des Schuldners erfolgen müsste. (cf. a. a. O. pag. 464 ab. in.) Dass in dieser Befugnis das Wesen des actionem furti habere nicht zu erblicken, geht zweifellos schon daraus hervor, dass trotz der justinianischen Neuerung der l. 22 Cod. 6, 2 selbst beim Commodate, von dem die constitutio ausdrücklich spricht, an dem actionem furti habere des Commodatars festgehalten wird, während doch die Befugnis, die actio furti anzustellen, gerade durch jene constitutio auf den dominus übertragen wurde. Vgl. oben S. 115 f. Wie könnte es ferner in unserer Stelle heissen: quodsi culpa abest sine dubio domino competere actio videtur quae creditori non competit. Müsste es

§ 21.

Kritische Stellen.

Wie die Überschrift zeigt, sollen in diesem § mehrere Stellen eine Besprechung finden und zwar solche, welche von den Gegnern der unbedingten Diebstahlhaftung namentlich aber von Hasse ins Feld geführt werden. Was den letzteren anlangt, so ist vor allem zu bemerken, dass seine Gegenargumentation uns gar nicht berührt, soweit sie darauf gerichtet ist, nachzuweisen, dass die Römer den Diebstahl nicht für schlechthin vermeidlich angesehen haben, was ja Löhr, gegen den Hasse sich richtet, behauptete und worauf dieser seine Behauptung einer unbedingten Haftung für Diebstahl stützte. Hierin stimmen wir mit Hasse vollkommen überein[1]. Ebenso fallen für uns die Stellen weg, welche vom Verkäufer sprechen, da wir in Konsequenz unserer Auffassung selbst zu dem Resultate gelangt sind, dass derselbe nicht Garantiecustodia prästirt[2]; diese Stellen sind es aber gerade, welche der Beweisführung Hasses in erster Linie zu Gute kommen. — Auch die seltenen Fragmente, welche von culpa reden da, wo für Garantiecustodia gehaftet wird, können nicht direkt gegen die hier vertretene Ansicht verwertet werden, nachdem auch unserer Auffassung nach unzweifelhaft feststeht, dass die Theorie die Garantiecustodia unter den Begriff der Culpahaftung brachte und sie als Haftung für eine vom Gesetze fingirte culpa betrachtete. Demungeachtet wollen wir diese Stellen im Folgenden einer näheren Prüfung unterziehen, weil sie von jeher mit als Hauptargumente gegen die Annahme einer unbedingten Haftung gedient haben.

---

denn demjenigen, der die Befugnis hat, die actio furti anzustellen, nicht auch dann freistehen, mit derselben gegen den Dieb vorzugehen und hiedurch Schuld zuzugestehen, wenn objektiv genommen keine culpa vorhanden wäre? — Des weiteren muss Hasse, um diese seine Theorie von der Kompetenz zur actio furti gegenüber der l. 91 (90) dig. 47, 2 aufrecht erhalten zu können, einen ganz unmöglichen Fall konstruiren. cf. a. a. O. pag. 464 f. — Gegen Hasse richtig Baron, Archiv für civ. Pr. Bd. LII. S. 80.

[1]) cf. S. 105 A 2 und S. 42 A 1.

[2]) cf. S. 105 A 2.

Vor allem werden in diesem Sinne verwertet zwei Aussprüche Ulpians, welche sich in der für die Lehre von der custodia so wichtigen l. 14 dig. 47, 2 finden, nämlich § 10 und § 12 l. c.[1]). Was zunächst den § 10 anlangt, so hat derselbe folgenden Wortlaut:

An pater cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. Et Julianus ait, patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit, is cuiuscumque intererit rem non perire, habeat furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.

Die Entscheidung der Stelle geht dahin, dass der Vater bezw. Bürge die actio furti nicht habe, und zwar deswegen nicht, weil sie nicht für custodia aufkommen; denn, fährt sie in der Begründung der Entscheidung fort, nicht jegliches Interesse genügt, um die Kompetenz zur actio furti zu erzeugen, sondern nur dasjenige, welches aus der Haftung für culpa entspringt. Also ist die Haftung für custodia eine Haftung für culpa! Abgesehen davon, dass wir hierin aus den soeben angegebenen Gründen nichts Überraschendes zu finden vermögen, springt uns auch sofort in die Augen, dass Ulpian hier einen ganz besonderen Anlass hatte, die Custodiahaftung als Culpahaftung zu charakterisiren. Denn sowohl, was den Vater als was den Bürgen betrifft, war es klar, dass dieselben hinsichtlich des Diebstahls gar keine culpa (dolus ausgenommen) auf sich laden können, da sie ja die Detention der betreffenden Sachen nicht

---

1) Über § 11 eod., welcher ebenfalls in fine von culpa spricht cf. oben S. 152. Hier tritt die custodia als selbstverständliche Folge der Erhöhung der Haftung auf culpa (levis) ein, nachdem ja das voluntate domini tenere beim Prekaristen ohnehin gegeben ist und es wird daher blos der Haftung für culpa als unmittelbarer Folge des Prozessbeginns Erwähnung gethan, welche hinwiederum in specie in Beziehung auf Diebstahl die unbedingte Haftung und daher die Kompetenz zur actio furti nach sich zieht: plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et (!) furti agere posse.

haben und den Kontrast, der in dieser Beziehung zwischen denselben und den custodia prästirenden Schuldnern besteht, konnte in der That nicht besser gekennzeichnet werden, als durch Hervorhebung des Umstandes, dass der custodia prästirende Schuldner für eine zwar blos gesetzlich fingirte culpa hafte, jedoch immerhin vermöge einer auf einer wohlbegründeten Vermutung beruhenden Fiktion, während die in Frage stehenden Personen haften, nicht etwa wegen ihrer besonderen Beziehung zur gestohlenen Sache, sondern wegen ihrer besonderen Beziehung zu den Personen, aus deren Detention die Sache weggenommen wurde[1]. Gerade in dem Fehlen der Verbindung mit der Sache, um die es sich handelt, (detentio) liegt der innere Grund, warum nicht auch beim Vater bezw. beim Bürgen als damnum passuri das Rechtsprinzip in Thätigkeit treten konnte, kraft welchem dem für custodia Haftenden die actio furti sofort nach Begehung des furtum erteilt wurde. Denn es ist zwar recht einleuchtend, dass der, welcher die Detention der Sache hat und hiefür aufkommen muss, die Strafklage hat, nachdem doch er es ist, gegen den der Dieb, der gewöhnlich nicht wissen wird, wem die Sache zu eigen gehört, in verbrecherischer Absicht vorgegangen ist, aber es würde sich sehr eigentümlich ausgenommen haben, dem Vater bezw. dem Bürgen das Recht zu strafen zu geben, obwohl in der Richtung auf seine Person durchaus nichts unternommen worden war[2].

Den § 12 betreffend, lautet derselbe folgendermassen:

Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.

Also der Mieter einer Sache soll die actio furti haben, „wofern nur dieselbe durch seine Schuld entwendet worden sei“.

---

1) Baron (a. a. O. pag. 93) will, wie mir scheint, diesem Gedanken Ausdruck verleihen, indem er sagt: „Der Detentor gibt immer dadurch, dass er die Sache zu sich nimmt, wenn auch nicht Anlass zum Diebstahl, so doch Anlass zur Gelegenheit des Diebstahls.“ Und im Hinblick auf Personen, wie Vater, Bürge oder Hypothekargläubiger (beim letzteren im Gegensatze zum Faustpfandgläubiger gesprochen) hat dies auch gewiss seine Berechtigung.

2) Vgl. was den Grund anlangt, welcher für die Erteilung gerade der actio furti massgebend war, auch oben S. 174 f.

Aus den letzteren Worten lässt sich nun zweierlei herauslesen: entweder nämlich wollte der Jurist hiemit sagen, dass der conductor rei die actio furti habe, insofern der Diebstahl nur nicht ohne seine Schuld vorgekommen sei, oder insoferne nur culpa, nicht aber etwa gar dolus seinerseits vorliege. Jedoch ist die erstere Auffassung schlechterdings unmöglich, sobald man, was dem bestehenden Sprachgebrauch entspricht, das actionem furti habere in dem Sinne versteht, dass es die sofort mit dem Diebstahl eintretende Möglichkeit, die actio furti anzustellen, bedeutet. Denn wie soll denn diese Möglichkeit davon abhängig sein können, ob im einzelnen Falle materiell culpa vorliegt oder nicht? Dies kann ja doch erst nachträglich festgestellt werden in der Kontraktsklage und demgemäss spricht auch l. 91 (90) dig. eod. tit. davon, dass der Dieb von der durch den ebenfalls custodia prästirenden conductor operis (fullo) auf Grund seiner Kompetenz (des actionem furti habere) angestellten Diebstahlsklage freigesprochen werden müsse, wenn es in dem vom dominus rei gegen den Schuldner angestrengten Prozesse zu keiner Verurteilung komme. Vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus würde dieser Fall immer da eintreten, wo sich in dem Verfahren gegen den Schuldner herausstellt, dass in Wirklichkeit keine Schuld auf seiner Seite vorliege und man sieht, der Ausspruch der l. 91 (90) cit, welcher die Anstellung der actio furti durch den Schuldner trotz Vorliegens von Schuldlosigkeit voraussetzt, wäre mit der zu besprechenden Stelle unvereinbar[1]. Es bleibt daher bei dieser wie bei unserer Auffassung der custodia nichts übrig, als die Worte: si modo culpa eius subrepta sit res dahin zu erklären, dass Ulpian damit sagen wollte: wenn nur nicht gar dolus auf Seite des Mieters vorliegt, eine Erklärung, welche um so weniger Bedenken erregen dürfte, als derselbe Jurist kurz vorher in dem

[1] Zu demselben Resultate gelangt man auch dann, wenn man den Begriff des actionem furti habere so fasst, wie dies Hasse thut, der hierin die Befugnis zur Anstellung der actio furti erblickt. Sollte diese, so haben wir schon einmal gefragt, dem Schuldner nicht auch für den Fall zur Seite stehen, wo er in Wirklichkeit nicht in culpa sich befindet und müsste von ihm also nicht auch in diesem Falle das so verstandene actionem furti habere gelten?!

nämlichen Fragmente dasselbe ausdrücklich und zwar positiv hervorgehoben hat, nämlich im § 8 eod. verbis:

Item Pomponius libro decimo ex Sabino scripsit, si is cui commodavi, dolo fecerit circa rem commodatam, agere eum furti non posse[1]). —

Nachdem bereits gelegentlich der Interpretation der eben zur Besprechung gelangten Stelle, die l 91 (90) pr. dig. 47,2 herangezogen wurde, wollen wir sie uns selbst nunmehr näher betrachten, weil sie ebenfalls zu den Stellen gehört, welche von jeher als kritisch angesehen wurden[2]). Sie ist, wie ihre Inscriptio besagt, ein Excerpt des Javolenus aus den späteren Schriften des Labeo und hat folgenden Wortlaut:

Fullo actione locati de domino liberatus est: negat eum furti recte acturum Labeo. Item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et antequam de furto iudicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet. Quodsi nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportere. Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

Vom Standpunkte der Garantiecustodia aus wirft sich angesichts dieser Worte die Frage auf, ob denn überhaupt Fälle denkbar seien, in welchen eine Freisprechung des Schuldners (hier des Walkers) erfolgen könne, während es sich andererseits um Anstellung der actio furti handle. Diese Frage ist für die Zeit vor Labeo zweifellos zu verneinen[3]), weil die Custodiahaftung bis dahin eine schlechthin unbedingte war. Seit der Einführung der exceptio vis maioris aber, wodurch dem Beklagten, wenn auch nur in ausserordentlichen Fällen, die Möglichkeit gegeben war, sich von der Haftung zu befreien, konnte es gar wohl vorkommen, dass der Schuldner zuerst die

---

1) Daraus geht hervor, dass der Schuldner, ehe er zur actio furti vor Gericht zugelassen wurde, wenn auch nicht zu beweisen, so doch glaubhaft zu machen hatte, dass er sich hinsichtlich des furtum keines dolus schuldig gemacht habe.

2) An ihr scheitert auch hauptsächlich, wie bereits erwähnt, Hasse's Theorie von der Kompetenz zur actio furti.

3) Von einer freiwilligen Zurücknahme der Klage von seite des Eigentümers abgesehen.

actio furti anstellte (denn damit hatte es ja Eile), jedoch hinterher auf Grund der exceptio vis maioris von der Kontraktsklage freigesprochen werden musste. Denn selbst auf dem Gebiete des furtum i. e. S., der subreptio, war der aussergewöhnliche, durch Einbruch bewirkte Diebstahl, effractura, als vis maior anerkannt[1]) und so diese Art von Diebstahl von der Haftung ope exceptionis ausgenommen[2]). Aber wie der Begriff des furtum nicht auf jenen engen Sprachgebrauch beschränkt ist und darüber hinaus der Etymologie des Wortes furtum entsprechend (φέρω)[3]) jede (widerrechtliche) Entwendung einer Sache bezeichnet, so fand auch die actio furti überall da Anwendung, wo es sich überhaupt um ein solches furtum i. w. S. handelte. Daher steht sie im Falle der rapina elektiv neben der actio vi bonorum raptorum[4]) zu und dies ist für unsere Frage ebenfalls von Bedeutung, da gerade der Raub nicht selten in Gestalt der vis maior auftritt[5]). Wenn also Labeo in der vorliegenden Stelle einerseits von actio furti und andererseits von der Liberirung des Schuldners spricht, so hat er Fälle im Auge, wie effractura und solchen Raub, der sich als vis maior charakterisirt, und nachdem gerade er es war, der die exceptio vis maioris eingeführt hatte, ist es auch sehr naheliegend, wenn er sich veranlasst sah, auf die Konsequenzen seiner Neuerung hinzuweisen, indem er darauf aufmerksam macht, dass es von nun an vorkommen kann, dass einer, dem die actio furti [oder auch actio vi bonorum raptorum[6])] wegen seiner Haftung für custodia

---

[1]) Cf. l. 1 l. 4 Cod. 4,65 und noch l. 3 § 2 dig. 1,15.

[2]) Jedoch ist dies der einzige Fall der vis maior innerhalb des furtum i. e. S., welchen die Quellen kennen.

[3]) Cf. l. 1 pr. dig. 47,2. Die dort ebenfalls erwähnten, ungeschickten Ableitungen von furvus, dunkel, oder von fraus sind lediglich etymologische Spielereien, wie sich dergleichen ja noch öfters im Corpus iuris finden und verdienen als solche keine weitere Beachtung.

[4]) Cf. l. 2 § 26 dig. 47,8.

[5]) Jedoch ist die gewaltsame Wegnahme von Sachen an und für sich ebensowenig vis maior, wie der Diebstahl.

[6]) Für welche dies in den Quellen nur deswegen nicht eigens hervorgehoben ist, weil es sich nach Analogie der actio furti von selbst versteht, insbesondere aber deshalb nicht, weil hinsichtlich ihrer Kompetenz später die

vom Recht zugestanden sei, dann nicht mehr „recte" klage, wenn er hinterher von der Kontraktsklage freigesprochen werde oder auch wenn dies schon vor Anstrengung der actio furti geschehe. Denn nach der ratio legis, als deren Ausdruck wir den Satz: commodum eius esse debet cuius periculum est kennen gelernt haben, gebührt der Vorteil der actio furti dem Schuldner, wie der Jurist zur Begründung seiner Behauptung hinzufügt, nur insoweit als sein Interesse reicht[1]); dieses aber ist durch die Absolution erloschen. Daraus, dass auch nach erfolgter Anstellung der actio furti von Seite des Schuldners eine Berufung desselben auf höhere Gewalt und daher eine Liberirung als möglich anerkannt wird, geht auch zugleich hervor, dass man in dieser Anstellung nicht etwa einen Verzicht auf die exceptio vis maioris erblickte[2]). — Im Falle der Freisprechung des Schuldners wegen vis maior trat sonach eine Rückkehr der actio furti zum Eigentümer ein, aber diese Rückkehr ist von der durch die Quellen bei vorliegender Insolvenz statuirten in mehrfacher Hinsicht verschieden: denn fürs erste ist sie nicht, wie diese, eine auf gesetzlicher Vorschrift beruhende, notwendige, vielmehr ist es selbst, wenn objektiv vis maior vorliegt, in das Belieben des Beklagten gestellt, ob er liberatio oder actio furti vorzieht. Dann aber ist diese Ausnahme von der Haftung und daher auch die durch sie herbeigeführte Rückkehr der actio furti keine allgemeine, wie dies bei der Insolvenz der Fall ist, sondern sie kann nur in ausserordentlichen Fällen eintreten, namentlich aber nie beim gewöhnlichen Diebstahl, den man, wenn von Diebstahl gesprochen wird, immer zunächst im Auge hat. Dies ist auch der Grund, warum die Quellen zwar von einer Ausnahme der Insolvenz sprechen, da-

---

bereits erwähnte Laxität Eingang fand, wodurch sie überhaupt von dem Begriff des vermögensrechtlichen Interesses losgelöst und auf das öffentliche Interesse basirt wurde.

[1]) Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

[2]) Wie Hasse meint, indem er in der Anstellung der actio furti von seinem Standpunkte aus ein Geständnis der Schuld sehen will, wodurch er aber mit unserer Stelle in einen unlösbaren Widerspruch gerät.

gegen nirgends von einer Rückkehr der actio furti bei der auf vis maior gestützten Freisprechung des Schuldners[1]. —

Zwei weitere vom Faustpfandgläubiger handelnde Stellen betonen die Haftung desselben für blosse culpa (und nicht etwa für Zufall) so energisch, dass das gegenüber seiner Haftung für custodia[2]) Bedenken erregen müsste[3]), wenn uns nicht namentlich eine dritte Stelle im Corpus iuris den Schlüssel hierzu liefern würde, so dass diese wiederholte Betonung der culpa gerade beim creditor pigneraticius sehr erklärlich erscheint. Die zwei ersterwähnten Aussprüche finden sich beide im Codextitel: De actione pigneraticia (4, 24) und zwar sind es l 5 und l 8 h. t.:

l 5. Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest, condemnari debet.

l 8. Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet. Sane si simulata amissione etiam nunc eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur adversus eum experiri potes.

Beim Lesen der vorstehenden Constitutionen dürfte in erster Linie der Umstand auffallen, dass beidemale ausdrücklich auf die Simulation des Pfandverlustes von seite des Gläubigers Bezug genommen ist, indem l 5 davon spricht, dass der creditor den wirklichen Verlust in evidenter Weise darthun müsse, um sich von der Haftung zu befreien und indem ferner l 8 sogar

---

[1]) Würde dagegen das blosse Fehlen von culpa im einzelnen Falle von der Haftung für custodia befreien, so wäre dies, gerade so wie das Vorliegen von Insolvenz, eine allgemeine Ausnahme und somit auch ein allgemeiner Fall der Rückkehr der actio furti und die Quellen müssten deshalb diese beiden Fälle gleichheitlich nebeneinander erwähnen. Daraus, dass dies nicht geschieht, haben wir daher oben (S. 110 f.) einen Beweis für die Unbedingtheit der Diebstahlhaftung entnommen.

[2]) Welche namentlich in l. 13 § 1 dig. 13,7 ausdrücklich statuirt ist.

[3]) Obwohl beide Stellen allgemein und nicht etwa mit besonderer Beziehung auf die Haftung für Detentionsverluste sprechen.

direkt einer durch eine derartige Simulation hervorgerufenen (cf., „ut adseveras") Anfrage des C. Saturninus ihre Entstehung verdankt. Durch diese soeben hervorgehobene Erscheinung rechtfertigt sich der Schluss, dass in der späteren Kaiserzeit dergleichen Manipulationen von seite der Gläubiger häufig vorgenommen worden sein müssen[1]), um den Pfandschuldner um die Pfandsache zu bringen, so dass wir es also mit einer Form des Wuchers zu thun und hierin eine der von Konstantin gelegentlich des Verbotes der lex commissoria erwähnten „aliae captiones" zu erblicken haben[2]). Um nun den Schuldner vor einem solchen Betruge zu bewahren, wäre es das radikalste Mittel gewesen, den Gläubiger einfach schlechthin für die Pfandsache haften zu lassen und zwar namentlich in Ansehung eines jeden Verlustes (nicht etwa blos der Detentionsverluste) und es war daher ganz natürlich, wenn dahin zielende Forderungen laut wurden, nachdem man noch dazu in der ebenfalls dem Bestreben nach Abwehr der fraus entsprungenen strengen Haftung der nautae und der denselben gleichgestellten Personen einen Präcedenzfall besass[3]). Daraus erklären sich die wiederholten Anfragen an die Kaiser betreffs der Haftung des Gläubigers und die ebenso wiederholte scharfe Betonung in den kaiserlichen Rescripten[4]), dass auch der Faustpfandgläubiger allgemein nicht für mehr hafte, als alle andern einen Vorteil aus dem Geschäfte ziehenden Detentoren: also nur für culpa (levis)[5]).

---

[1]) Denn sonst wäre nicht ersichtlich, warum denn gerade von dem Gläubiger der in l. 5. auferlegte Beweis verlangt worden wäre, während desselben bei keiner der übrigen (für eine Sache haftenden) Personen Erwähnung geschieht.

[2]) Cf. l. 3 Cod. 8,34 (35).

[3]) Cf. l. 1 § 1 in fine dig. 4,9. Die Schiffer, Wirte und Stallhalter hafteten ja ursprünglich schlechthin in Ansehung der recepta sogar für vis maior und sie haften noch im justinianischen Recht auch für Substanzverletzungen bis zur vis maior.

[4]) Welche uns ausser den cit. Stellen namentlich noch in l. 6 und l. 9 Cod. h. t. entgegentritt, wovon l. 6 sich veranlasst sieht, sogar ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Faustpfandgläubiger nicht für vis maior hafte. Ebenso l. 19 Cod. 8,13 (14).

[5]) Worunter man auch die notorische Haftung des creditor für Garantiecustodia, ohne ein Missverständnis befürchten zu müssen, infolge der von der Theorie aufgestellten Fiktion ganz gut mitverstehen konnte.

Schenkten somit die Kaiser den berührten Forderungen insoweit kein Gehör, so ist dagegen als eine Concession an die letzteren die Bestimmung aufzufassen, dass der Gläubiger in jedem einzelnen Falle auf das peinlichste beweisen müsse, dass ihm die Sache wirklich zu Verlust gegangen sei. — Das soeben Vorgetragene erhält aber seine volle Bestätigung durch jene dritte Stelle, auf welche bereits oben hingewiesen wurde, nämlich durch den § 4 Instt. 3, 14, welcher den Interpreten des Corpus iuris von jeher Schwierigkeiten bot, wohl nur deshalb, weil man ihn nicht mit unseren Codexstellen in Verbindung setzte, durch welche über den darin enthaltenen Ausspruch ebenso sehr Licht verbreitet wird, wie über jene durch ihn. Der Inhalt desselben ist folgender:

> Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuït sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

Das Anstössige dieser Stelle beruht nämlich, solange man sie für sich allein betrachtet, darin, dass Justinian bezw. die in seinem Namen handelnden Verfasser der Institutionen die Haftung des Pfandgläubigers für exacta diligentia, welche doch sonst als die höchste ex lege vorgeschriebene erscheint, hier als eine beschränkte hinstellen („placuit sufficere") und was sogar noch merkwürdiger ist, dass sie dies mit dem Hinweise darauf begründen, dass beim pignus beide Teile Vorteil haben, als ob da, wo der Detentor den alleinigen Vorteil hat wie z. B. beim Commodat, allgemein für mehr als exacta diligentia eingestanden würde. Betrachtet man dagegen diesen Ausspruch der Institutionen im Zusammenhalte mit den citirten Codexstellen, so erblicken wir in der Ausdrucksweise „placuit sufficere" sofort einen direkten Hinweis auf die bereits erwähnte Strömung, welche auf Verschärfung der Haftung des Pfand-

gläubigers ging. Wir ersehen hieraus zugleich, dass diese Strömung noch zur Zeit Justinians bestand, dass aber Justinian ebenso wenig als seine Vorgänger einen genügenden Grund zur Durchbrechung des Utilitätsprinzips zu finden vermochte: eine solche Durchbrechung dieses Prinzips aber wäre es gewesen, wenn beim Faustpfand, wo beide Teile Vorteil haben, für mehr hätte eingestanden werden müssen als beim Commodat, wo der Haftende sogar regelmässig den alleinigen Vorteil hat und trotzdem nur exacta diligentia prästirt wird[1]). —

Schliesslich wollen wir noch zwei Fragmente unserer Betrachtung unterziehen, welche offenbar mit besonderer Rücksicht auf furtum sprechen und trotzdem den Commodatar oder eine ihm bezüglich der Haftung gleichstehende Person ausdrücklich nur beim Vorliegen von culpa haftbar erklären, falls die Sache während ihrer Zurückbringung zum Eigentümer gestohlen wird. Es fährt nämlich l 10 § 1 dig. 13, 6, nachdem unmittelbar vorher von custodia und actio furti die Rede war, fort:

> Sed et si dum refertur periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit,

l 11 qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.

Und ganz in Übereinstimmung hiemit heisst es in l 20 eod.:

> Argentum commodatum, si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

---

1) Wenn ferner § 4 Instt. cit. davon spricht, dass der Gläubiger unbekümmert sein könne, sobald ihm die Sache durch irgend einen Zufall („aliquo casu“) zu Verlust gehe, so ist das, was seine Haftung für custodia i. g. S. anlangt, auch thatsächlich richtig und von dieser letzteren Haftung ist ja hier einzig und allein die Rede. Denn, wenn man von der Haftung für Schutz ausgeht, so ist, wie bereits oben erwähnt, exacta diligentia i. e. dil. dil. patf. überhaupt das Höchste, was verlangt und geleistet werden kann und casus fortuitus in diesem Sinne ist jeder Unfall, dessen Unabwendbarkeit in concreto festgestellt ist.

Die diesen beiden Stellen zu Grunde liegende species facti ist die, dass der die Rückgabe bethätigende Schuldner mit der Zustellung der geschuldeten Sache an den Gläubiger einen Dritten [1]) betraut hat, und dass diesem Dritten während des Transportes die Sache abhanden kommt. Schon die Ausdrucksweise der l 10 cit. deutet darauf hin, dass wir es hier, was die Haftung anbelangt, mit einem besonderen Fall zu thun haben. Der Jurist hat nämlich unmittelbar vor dem zum Abdruck gelangten Passus die Haftung für custodia und die daraus entspringende Kompetenz zur actio furti für denjenigen vindicirt, welcher eine Sache in seinem Interesse zum Ansehen bekommen hat und daher in Bezug auf die Haftung dem Commodatar gleichstehen muss [2]). Aber, fährt er weiter, etwas besonderes ergibt sich dann, wenn die Sache gestohlen wird während des Zurücktragens. Hier muss man vor allem unterscheiden, ob der Eigentümer die Sache selbst hat durch eine dritte Person abholen lassen oder ob der Schuldner jemand mit der Überbringung derselben beauftragt hat. Für den ersteren Fall ist es klar, dass der Eigentümer die Gefahr der Sache trägt [3]) und nicht der Schuldner, weil derselbe ja durch die Übergabe der Sache an den Stellvertreter des Gläubigers von seiner Verbindlichkeit ganz und gar befreit wurde. Aber auch im letzteren Falle lässt sich nicht mehr behaupten, dass der Schuldner ohne weiteres für den Diebstahl aufkomme: denn mit dem Augenblick, wo er die Sache einem von ihm gewählten Boten behufs Überbringung aushändigt, begibt er sich der custodia und kann sie daher hinfort auch nicht mehr prästiren — vorausgesetzt natürlich, dass die Überbringung durch einen Dritten im Sinne des Vertrages war, was wohl mangels einer besonderen Bestimmung immer anzunehmen ist [4]). Da die Übergabe behufs

---

1) Als welchen l. 10 cit., wie das „mandaveram" und „commisit" beweist, eine freie Person im Auge hat, während l. 20 cit. von der Überbringung durch einen Sklaven spricht.

2) Cf. S. 145.

3) Abgesehen von dem zwischen dem Eigentümer und seinem Mandatar bestehenden Haftungsverhältnisse.

4) Umgekehrt darf der Schuldner den vom Eigentümer an ihn commonendi

Aufhebung des bestehenden Vertragsverhältnisses geschieht, kann für den Commodatar oder wer sonst die Sache in seinem Interesse gehabt hat, die custodia d. i. die Möglichkeit, die Detention der Sache wieder unmittelbar zu erlangen, fernerhin nicht mehr in Betracht kommen, und er hat sich gerade durch die Übergabe an den Boten in dieser Richtung als officio functus bewährt. Was dagegen die custodia im gewöhnlichen Sinne, also den Schutz der Sache anlangt, so ist er zu diesem so lange verpflichtet, bis der Eigentümer dieselbe thatsächlich wieder in Händen hat und ihr wieder selbst seinen Schutz angedeihen lassen kann. In dieser letzteren Beziehung erscheint daher der Bote als Transmissar des Schuldners und es gelten somit die Custodiahandlungen des Boten als die eigenen des Transmittenten[1]) für den Fall, dass es überhaupt zu einer Haftung kommen sollte. Vorbedingung für den Eintritt der Haftung ist aber das Vorliegen von culpa in eligendo, wie dies aus l. 10 cit. zweifellos hervorgeht[2]). Mithin ist der Gedankengang der l. 10 ungefähr folgender:

Derjenige, welcher eine Sache in seinem Interesse zum Ansehen bekommen hat, haftet, wie der Commodatar, während der Detention für custodia. Aber auch für den Fall, dass die Sache während ihrer Zurückbringung durch einen Dritten verloren geht, wird er dem Eigentümer billigerweise[3]) für culpa

---

causa abgeschickten Boten nur dann als Überbringer der Sache benutzen, wenn er zugleich eine dahin gehende Anweisung von seite des Herrn erhalten hat. Sonst dauert seine Haftung für custodia fort, geradeso wie auch der Detentor, welcher eine Sache wider den Willen seines Herrn zur Detention weiterbegibt, für custodia verhaftet bleibt. Das Gesagte ist ausgesprochen in l. 12 § 1 dig. 13,6 (vgl. das apodiktische „domino perit" und „ei cui commodatum est" wie jedenfalls mit Gothofredus zu lesen ist, da das handschriftliche „qui commodatus est" keinen Sinn gibt). Vgl. hierzu auch l. 48 § 4 dig. 47,2 und oben S. 139 über diese Stelle.

1) Vgl. S. 68.

2) Vgl. auch Windscheid, Pand. II. S. 509 A. 5.

3) So dürfte das „aeque" zu geben sein und nicht etwa, was es allerdings an sich auch heissen könnte, mit „ebenfalls" wie Baron will und sich hierdurch genötigt glaubt, das „culpam" in „custodiam" zn emendiren. Wäre Barons Ansicht richtig, so würde die ausdrückliche Hervorhebung des Falls der Zurückbringung der Sache ebenso unverständlich sein wie das adversative „sed", mit welchem die Erörterung dieses Falles eingeleitet wird.

(levis) i. e. dil. dil. patf. in cust$^{\underline{o}}$ einstehen, soferne er nur selbst jemand mit der Besorgung dieser Angelegenheit beauftragt hat und ihn noch dazu hinsichtlich der Auswahl der betreffenden Persönlichkeit ein Verschulden trifft. Es muss also immer zweierlei gegeben sein, um die Haftung des Transmittenten zu begründen, nämlich 1. muss er bezüglich der Auswahl des Transmissars in culpa sein und 2. muss auch seitens des letzteren eine culpa vorliegen, welche in dem jeweiligen Rechtsverhältnisse zur Prästation kommt. Trifft nun das erstere nicht zu, wie in dem Falle der l. 20 cit., wo ein Sklave abgeschickt wurde, von dem schlechterdings nicht vorauszusetzen war, dass er sich hinters Licht führen lasse, so trägt überall der Eigentümer den Schaden, wenn ein solcher wirklich eintritt und zwar gleichviel ob von seite des Boten Schuld vorliegt oder nicht, während andererseits selbst beim Vorliegen von culpa in eligendo noch eine vom Schuldner zu vertretende culpa des Transmissars hinzukommen muss, wenn wirklich gehaftet werden soll [1]).

---

1) Einen dem soeben besprochenen ähnlichen Fall enthält l. 9. Cod. 4,24: Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit. Cum igitur adseveres in horreis pignora deposita consequens est secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sunt, personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. Aus l. 3 § 2 dig. 1,15 wissen wir, dass die horrea die Orte waren „ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt," wo also die wertvollsten Gegenstände offenbar zu ihrer grösseren Sicherheit aufbewahrt wurden. Daher war es nach der uns vorliegenden Stelle dem Pfandgläubiger erlaubt, sich der custodia des Pfandobjekts zu entäussern und dasselbe in einem solchen horreum zu deponiren, womit er sich selbstverständlich auch der Haftung für Besitzescustodia entledigte. Jedoch musste dieses horreum von vornherein Garantie für eine grössere oder mindestens gleiche Sicherheit bieten, denn nur dann konnte man den Eigentümer als damit einverstanden betrachten — und als ein solches erscheint nun ein horreum, quo et alii solebant publice uti, also eine öffentliche allgemein benützte Aufbewahrungsanstalt. Mit der Entäusserung der Besitzescustodia ist aber auch hier nicht die Haftung für gewöhnliche custodia erloschen und der Faustpfandgläubiger könnte haften, soferne ihm bezüglich der Auswahl des horreum eine Schuld zur Last fällt und die Sache beim Speicherinhaber verloren geht. Da jedoch bei einem horreum, quo et alii solebant publice uti, culpa in eligendo nicht denkbar ist, so sagt unsere Stelle folgerichtig, dass unter dieser Voraussetzung in jedem Falle das persönliche Forderungsrecht des Gläubigers unversehrt bleibe.

§ 22.

Auslegungsregel.

So oft sich der Ausdruck custodia in den Quellen findet, tritt an den Ausleger die Frage heran, ob damit die custodia im gewöhnlichen oder die custodia in dem besonderen technischen, die Garantiehaftung bezeichnenden Sinne gemeint ist. Aus dem Begriffe der letzteren ergibt sich vor allem, dass die römischen Juristen überall da, wo sie der custodia einen auf Fleiss bezüglichen Zusatz beifügen, die gewöhnliche custodia, nie aber zunächst die Garantiecustodia im Auge haben, da ja die letztere auf Fleiss im Bewahren keine Rücksicht nimmt.

Freilich lassen andererseits die immer wiederkehrenden auf Fleiss bezüglichen superlativischen Ausdrücke, wo sie vorkommen, den Schluss auf Haftung für Garantiecustodia zu, indem sich die römischen Juristen gerade da, wo unbedingt gehaftet wurde, zu derartigen Wendungen veranlasst sahen und zwar durch die Beobachtung, dass derjenige, welcher weiss, dass er in gewisser Richtung ohne Rücksicht auf Schuld hafte, den grösstmöglichen Fleiss im Bewahren (soweit es sich bei den der Garantiecustodia unterworfenen Fällen überhaupt um letzteres handelt) anwendet, um den mit dem Eintritte eines derartigen Unfalles sicher verbundenen Nachteil von seinem Vermögen fernzuhalten [1]. Hingegen ist da, wo von custodia schlechthin also ohne Beisatz die Rede ist, zumeist die Garantiecustodia gemeint; nur in sehr seltenen Fällen und nur da, wo eine Zweideutigkeit durchweg ausgeschlossen ist, erlauben sich die Quellen kurzweg von custodia zu sprechen und damit den Schutz einer Sache zu bezeichnen so z. B. in den Stellen, wo sie von der damni infecti stipulatio handeln, die blos bei Immobilien, für welche die custodia i. t. S. nicht in Frage kommen kann, denkbar ist.

Da ferner die Garantiecustodia ihrem Inhalte nach eine beschränkte Haftung ist, indem sie nur eine bestimmte Gattung

---

1) Vgl. oben S. 180.

von Unfällen trifft[1]), so ist es leicht erklärlich, wenn ihrer da, wo es sich um Aufstellung allgemeiner Prästationsregeln handelt, nicht ausdrücklich gedacht wird. So geschieht z. B. in der Generalregel Ulpians für das Mass der Haftung in den einzelnen Obligationen, nämlich in l. 23 dig. de R. J. der Garantiecustodia keine Erwähnung, weil, was den gesamten Inhalt der Obligationen anlangt, die diligentia (dil. patf.) bereits die höchste Stufe der Prästation ist und von diesem allgemeinen Gesichtspunkte aus die darüber hinausgehende Garantiecustodia lediglich als Ausnahme von der Regel erscheint. —

III. Abschnitt.

Die einzelnen Obligationen in ihrer Beziehung zur Garantiecustodia.

§ 23.

Vorbemerkung.

Bereits oben im § 17, welcher „die gesetzliche Haftung für custodia" überschrieben ist, wurde an der Hand der zwei gefundenen Kriterien die Frage erörtert, wo überall die Haftung für Garantiecustodia eintrete. Dabei fand sich, dass es Obligationen (Rechtsverhältnisse)[2]) gebe, in denen custodia regel-

---

1) Nämlich nur diejenigen, welche Detentionsverlust nach sich ziehen.

2) Wenn bisher immer der allgemeinere Ausdruck „Rechtsverhältnisse" gebraucht wurde, so geschah dies mit Rücksicht auf Fälle, wie die des Usufructuars, des bonae fidei possessor, also auf die dinglichen Rechtsverhältnisse, bei welchen es sich, wie wir bereits zu bemerken Gelegenheit hatten, ebenfalls um die Prästation sowohl von custodia i. g. S. als auch von custodia i. t. S. handeln kann. Indes lassen sich diese dinglichen Rechtsverhältnisse in Bezug auf die aus ihnen entspringende Haftung auch als Obligationen betrachten, so namentlich der Ususfructus im Hinblick auf die cautio usufructuaria, und der Fall des bonae fidei possessor als obligatio ex re, (Cf. hierzu l. 46 dig. 44,7 und

mässig ex lege prästirt wird, dann solche, in denen dies nur ausnahmsweise der Fall ist (bei welchen es ihrer allgemeinen Natur entsprechend an der Voraussetzung der dil. dil. patf. gebricht) und drittens solche, deren allgemeine Natur das Vorkommen einer gesetzlichen Custodiahaftung schlechterdings ausschliesst, weil das Moment des voluntate domini tenere mit ihrem Begriffe nicht vereinbar ist. Aufgabe dieses Abschnittes soll es sein, die wichtigeren Obligationen einzeln durchzugehen und dabei bezüglich der Entscheidung der Custodiafrage hauptsächlich auf die vorhandenen Quellenaussprüche Gewicht zu legen, um hierdurch einen Beweis für die Stichhaltigkeit der paulianischen Kriterien zu gewinnen.

I. Obligationen, welche regelmässig Garantiecustodia ex lege in sich aufnehmen.

§ 24.

Commodatum.

Das Commodat ist derjenige benannte Kontrakt, wo allein (von dem hier nicht in Betracht kommenden unverzinslichen Darlehen abgesehen) regelmässig solius debitoris utilitas versatur, wo also die Hingabe der Sache lediglich in dem guten Willen des Herrn ihren Grund hat und nicht durch andere mehr oder weniger zwingende Motive, die der eigenen Persönlichkeit entspringen, hervorgerufen wird, wie dies bei den anderen Kontrakten der Fall ist. Dazu kommt, dass das Commodat wenigstens zumeist Mobilien zum Gegenstande hat [1]), eine Eigenschaft, die das Commodat allerdings mit dem Depositum teilt [2]), bei welch letzterem aber von Garantiecustodia nicht die Rede

§ 5 Instt. 4,13) und insoferne erscheint sowohl die gewöhnliche als auch die technische Custodiahaftung als ein ausschliesslich dem Obligationenrecht angehöriges Institut.

1) Allerdings nicht ausnahmslos. cf. l. 1 § 1 dig. 13,6.

2) Welches sogar seinem Begriffe nach nur bewegliche Sachen zum Gegenstande haben kann.

sein kann. Aus dem Gesagten erhellt, dass das Commodat in der Praxis als Hauptanwendungsfall der Garantiecustodia hervortreten musste und wir finden dies auch in den Quellen bestätigt, die das Commodat wiederholt als Vorbild für die technische Custodiahaftung hinstellen[1]). Eine Ausnahme macht in dieser Beziehung § 16 (18) Instt, 4,1 wenn es dort heisst, nachdem vorher die custodia und actio furti erwähnt ist:

> Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui res commodata est, transferenda veteres existimabant.

Darnach hat es sogar den Anschein, als ob die Institutionen sagen wollten (und nach den Wortlaut wären wir wohl auch zu dieser Annahme gezwungen), dass sich die Garantiecustodia bei der loc. cond. operis ausgebildet habe und erst von da aus, auf das Commodat übertragen worden sei. Dass aber eine derartige Übertragung nicht stattgefunden hat, sondern dass wir es hier entweder mit einer nachlässigen Fassung oder irrigen Meinung Tribonians zu thun haben, geht zweifellos aus Gai. III, 206 hervor, dem die Institutionenstelle augenscheinlich nachgebildet ist. Gaius fährt an der bezeichneten Stelle, nachdem er zuvor geradeso wie die Institutionen die custodia des fullo behandelt hatte, folgendermasseu fort:

> Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus.

Da Gaius ebenfalls den Ausdruck „transferre“ gebraucht, dürfte es sehr nahe liegen, zu behaupten, dass unter den „veteres“ der Institutionen nur Gaius gemeint sein kann.

Wenn wir aber den Wortlaut der Stelle bei Gaius betrachten, so dürfte wohl daraus nimmermehr zu entnehmen sein, dass die Custodiahaftung beim fullo und sarcinator sich zuerst eingebürgert habe und dann später von den Juristen auf das Commodat übertragen worden sei. Vielmehr hat Gaius offenbar ganz

---

1) So l. 14 § 16 dig. 47,2; l. 15 § 2 eod. l. 13 § 1 dig. 13,7; l. 22 Cod. 6,2. Vgl. über l. 13 cit. S. 147 f. und über l. 22 cit. S. 114 insbes. A. 1. Auch in l 2 § 22 dig. 47,8 steht der Commodatar an der Spitze. Vgl. auch die häufige Exemplifizirung auf den Commodatar in l. 14 dig. 47,2, wo von der mit der custodia notwendig verbundenen Kompetenz zur actio furti gehandelt wird.

zufällig den conductor operis zuvor abgehandelt, und fährt dann in seinem Lehrton (wie ja das Futur „transferemus" deutlich zeigt) fort, indem er sagt: „Was ich da gerade über den fullo und sarcinator gesagt habe, das lässt sich in gleicher Weise auf den Commodatar übertragen." Übrigens ist, wie nach der oben vorgetragenen geschichtlichen Entwicklung der Garantie-custodia selbstverständlich, auch das Commodat nicht in dem Sinne das Vorbild gewesen, dass die custodia erst von hier aus in die andern Obligationen verpflanzt worden wäre: das Commodat ist eben diejenige Obligation, welche als solche weitaus am regelmässigsten von allen custodia in sich aufnimmt, ja sogar immer aufnimmt, wenn man von seltenen Fällen [1]) absieht [2]) und daher bildet es auch mit Recht das Paradigma für diese Haftung [3]).

Die wichtigste Stelle für die Haftung des Commodatars überhaupt ist die bekannte l. 5 dig. 13, 6 und auf diese wollen wir daher im Folgenden etwas näher eingehen. Ulpian spricht hier vorerst allgemein von der Culpahaftung beim Commodate, indem er auch andere Schuldverhältnisse zum Vergleich heranzieht. So heisst es in § 2:

> Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa, an vero et omne periculum.

Im § 3 folgt dann auf diese Frage die Antwort, welche dahin geht, dass der Commodatar gewöhnlich nur für culpa und zwar für diligentia hafte, und die darüber hinausgehende Haftung für omne periculum, für jeglichen Zufall, durch aestimatio

---

1) Wie den der l. 18 pr. in fine dig. 13,6 oder den der l. 48 § 4 dig. 47,2.

2) Dagegen ist der fullo und sarcinator blos ein einzelner, allerdings im Hinblick auf custodia besonders wichtiger Fall der locatio conductio, während für diese selbst als Obligation, als bestimmte species der Schuldverhältnisse, die Garantiecustodia lange nicht so regelmässig in Frage kommt als für das Commodat. Aus dem gleichen Grunde ist nicht anzunehmen, dass, wie Baron (a. a. O. S. 50) will, der Speicherinhaber von den Quellen als Normalfall für die Custodiahaftung betrachtet worden sei, und zwar ist dies um so unwahrscheinlicher, als die Quellenzeugnisse über die custodia gerade bei der locatio horrei lückenhaft sind, was Baron (S. 54) selbst anerkennen muss.

3) Anders Baron (a. a. O. S. 65) mit Beziehung auf die citirte Stelle von Gaius. Aber mit Recht dagegen Pernice a. a. O. S. 354 A. 35.

begründet werden müsse. Wenn aber sowohl im § 2 als im § 3 von omne periculum gesprochen wird, so folgt doch daraus, dass mit der Haftung für culpa (diligentia) ein Teil des periculum bereits gegeben sei und unter diesem teilweisen periculum ist die eine teilweise Zufallhaftung mit sich bringende Garantiecustodia zu verstehen. Es ist das periculum custodiae, von dem auch in l. 40 dig. 19, 2 und l. un. § 4 dig. 47, 5 ausdrücklich die Rede ist. Auch da, wo er in demselben § 2 von der Erhöhung der Haftung beim Depositar spricht, bei welchem, wie wir gesehen haben, zugleich mit der Haftung für diligentia auch die custodia eintritt, drückt sich der Jurist wieder sehr bezeichnend aus; er sagt nämlich:

> Dolum in deposito .... nisi forte et merces accessit aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur.

Da hier der Fall, wo der Depositar Lohn (nicht im Sinne der locatio conductio) empfängt, wo sich also seine Haftung im allgemeinen bis zur dil. dil. patf. und im besondern auf custodia erhöht, dem Falle der ausdrücklichen Vereinbarung von Culpaprästation gleichgestellt wird, so ist klar, dass auch in dieser Stelle unter dem periculum nur das periculum custodiae gemeint sein kann, das die unmittelbare Folge der culpae repromissio bildet[1]. — Erst nachdem die Culpahaftung und zwar als Haftung für Diligenz im allgemeinen bestimmt ist, kommt

[1]) Vgl. oben S. 153 zu l. 2 § 23 in fine dig. 47,8 (auch von Ulpian), wo ebenfalls die Vereinbarung von Culpaprästation und das Lohnempfangen von Seite des Depositars einander gleichgestellt sind. — Allerdings muss zugegeben werden, dass an anderen Stellen auch in den Fällen, wo nur für culpa eingestanden wird, davon gesprochen wird, dass periculo eorum res aliena est, so z. B. mit Beziehung auf das damnum iniuria datum in l. 13 § 1 dig. 40,12; ja sogar in dem Falle, wo nur für diligentia quam suis gehaft wird, ist von periculum die Rede cf. titt. dig. 26,7; Cod. 5,38. Aber gerade, wenn man annehmen wollte, dass in der besprochenen Stelle unter dem periculum das periculum culpae gemeint sei, wäre der Zusatz „et periculum" auffallend, weil höchst überflüssig, indem dadurch nichts neues gebracht würde, insbesondere aber die zu prästirende culpa nicht näher bestimmt wäre, welcher Zweck nur durch den Beisatz von diligentia erreicht wird. (So Ulpian in § 3 eod: „et culpam praestandam et diligentiam".) Ausserdem möchte man dann auch ein „vel" statt des „et" erwarten.

Ulpian im § 5 auf die custodia als hauptsächlichen Anwendungsfall der Diligenz zu sprechen mit den Worten:

> Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

Dass unter dieser custodia die custodia im gewöhnlichen Sinne gemeint ist, bedarf nach der im § 22 gegebenen Auslegungsregel wohl kaum der Erwähnung. Die Garantiecustodia ist, soweit sie mit der gewöhnlichen dem Umfange nach zusammenfällt, hier stillschweigend mitverstanden, soweit sie es aber nicht mit den der gewöhnlichen custodia gegenüberstehenden Unfällen zu thun hat, ist sie in der Haftung für culpa überhaupt inbegriffen. Speziell auf die Garantiecustodia kommt Ulpian nach mehrfachen anderweitigen Erläuterungen erst im § 15 in fine zu sprechen, wo ihn der besondere Fall, wo zweien miteinander ein Fuhrwerk geliehen ist, auf die Erwähnung der Solidarhaftung jedes einzelnen führt, die sich beim Diebstahl der ja vor allem unter die Garantiecustodia fällt, dadurch gerade besonders wirksam erweist, dass den zwei Commodataren nebeneinander die actio furti in solidum zusteht.

Ein Argumentum e contrario dafür, dass einerseits der Commodatar für custodia i. t. S. haftet und andererseits den für Garantiecustodia Haftenden vis maior, aber auch nur vis maior befreit, gewinnen wir ferner aus l 1 Cod. 4, 23, welche besagt:

> Ea quidem, quae vi maiore auferuntur (Detentionsverlust!) detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non solent [1]).

Abgesehen hievon wird die Haftung des Commodatars für Garantiecustodia ausdrücklich ausgesprochen in § 16 (18) Instt. 4, 1, l. 10 § 1 dig. 13, 6 ferner in l. 13 § 1 dig. 13, 7 und ganz besonders noch in l. 14 § 10 § 15 dig. 47, 2, lauter Stellen, welche bereits zur Besprechung gelangt sind, weshalb wir hier lediglich auf dieselben verweisen [2]). Indirekt ergibt sich ein

---

1) Abgesehen nämlich von spezieller Vereinbarung. Vgl. in dieser Beziehung das Ende der Stelle.

2) Cf. auch Paul. R. S. II, 4 § 3.

Beweis für die Custodiahaftung überall da, wo dem Commodatar die actio furti zuerkannt wird, wie dies namentlich in l. 14 § 16 dig. 47,2 der Fall ist, wo der Commodatar an der Spitze derjenigen steht, quorum periculo res alienae sunt [1]).

§ 25.

Pignus.

Der andere benannte Realkontrakt, in welchem regelmässig ex lege Garantiecustodia zur Prästation kommt, ist das pignus im engeren Sinne, das Faustpfand. Dagegen kann bei der Hypothek (pignus im weiteren Sinne) von Garantiecustodia ebensowenig gesprochen werden, als von custodia überhaupt, weil hier die Sache im Besitze des Pfandschuldners also des Eigentümers bleibt. Die zwei Hauptstellen, in welchen der Faustpfandvertrag als custodia i. t. S. in sich aufnehmende Obligation bezeichnet wird, sind l. 13 § 1 dig. 13, 7 und l. 19 Cod. 8, 13 (14). Da das erstere Fragment schon im zweiten Abschnitt seine Besprechung gefunden hat, so wollen wir hier nur der Codexstelle unser Augenmerk zuwenden. Der Wortlaut derselben ist der folgende:

> Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Auch hier ist und zwar noch deutlicher als in l. 13 § 1 cit. die custodia der culpa entgegengesetzt. Die custodia wird als etwas ausserhalb der culpa gelegenes behandelt, während die omissio dil. überall innerhalb derselben liegt. Würde hier custodia, wie die herrschende Lehre annimmt, nur Umschreibung für dil. dil. patf. in cust^o sein, so wäre wahrlich nicht ersichtlich, wie die Kaiser (Diocletian und Maximian) so sprechen könnten. Denn es wäre zum mindesten höchst auffällig, warum gerade die

---

1) Vgl. noch l. 14 §§ 8, 10, 14, 15; l. 15 § 2; l. 60 (59) dig. 47,2; l. 2 § 22 dig. 47,8; § 16 (18) Instt. 4,1. Gai. III, 206. l. 5 § 15 dig. 13,6, l. 10 § 1 eod.

dil. in cust⁰ hervorgehoben würde und nicht die dil. überhaupt, obwohl es den Kaisern, wie man aus der Erwähnung des dolus und der vis maior sieht, auf eine möglichst vollständige Prästationsangabe ankommt; jedenfalls aber wäre es logischer von der allgemeinen Prästation der Diligenz darauf schliessen zu lassen, dass auch speziell in cust⁰ für dil. eingestanden werde, als wie umgekehrt. Dann aber haben wir auch für das „sed" (welches die meisten Handschriften enthalten) schlechterdings keine Erklärung. Es würde sich ja von selbst verstehen, dass da, wo für culpa (levis) eingestanden wird, auch custodia prästirt werden müsse und wir erwarten daher nach dem logischen Zusammenhang vielleicht ein „ergo", nimmermehr aber eine Adversativpartikel. Abgesehen davon würde uns aber auch schon das „et" von dem Standpunkte der herrschenden Lehre aus Schwierigkeiten bereiten [1]. Dagegen gibt sich der Inhalt der Stelle nach unserer Auffassung der custodia ganz natürlich. Darnach sagen nämlich die Kaiser, dass der Pfandgläubiger zwar nicht gezwungen werden könne, vis maior zu prästiren (wie manche wollten cf. oben S. 198 f.), dass er aber andererseits so wie so schon gezwungen wäre, für alles aufzukommen, was das Gesetz zu verlangen in der Lage sei, nämlich sogar für Garantiecustodia — mehr könne man ihm doch nicht zumuten. Nebenbei bemerkt, erinnert das „custodiam exhibere" so recht (im Gegensatze zu dem farblosen „custodiam praestare") an die Ableitung dieses Haftungsbegriffes von der custodia als Besitzesinstitut. Der Pfandgläubiger wird gezwungen, das was er vom Pfandschuldner bekommen hat, nämlich die Besitzescustodia, seinerzeit demselben als noch vorhanden vorzuweisen und zu gewähren [2]. —

Entsprechend diesen beiden Fragmenten wird dem Faustpfandgläubiger auch die actio furti zuerkannt und zwar besonders

---

1) Vgl. S. 90. (Text zu A. 1 und 2.)

2) Vgl. actio ad „exhibendum". Da jedoch auch „diligentiam exhibere" „Fleiss aufweisen" im Sinne von „diligentiam praestare" vorkommt (so in l. 2 § 1 dig. 18,6) so könnte auf diese Bemerkung für sich allein nicht allzuviel Gewicht gelegt werden.

ausdrücklich in l. 14 § 16 dig. 47, 2, wo er unter den Personen, welche wegen ihres periculum für fremde Sachen die Diebstahlsklage haben, als Dritter aufgeführt wird mit den Worten: „pignorisve accepti“. Jedoch muss man, wenn von der actio furti des creditor die Rede ist, vorsichtig sein: denn er hat, wie schon zu wiederholten Malen hervorgehoben wurde, die actio furti auch wegen seines eigenen Rechtes an der Sache, wegen seines Pfandrechts. Man muss daher jedesmal wohl unterscheiden, ob bei ihm von der actio furti kraft eigenen Rechtes oder von der ihm wegen seiner Haftung zustehenden gehandelt werden soll. Dagegen hat der Hypothekargläubiger zwar als Inhaber des Pfandrechts in gleicher Weise die actio furti, wie der Faustpfandgläubiger [1]), aber es steht ihm nicht die aus der Custodiahaftung entspringende actio furti zu, weil er nicht für custodia aufkommen kann, da er ja gerade als Hypothekargläubiger die Pfandsache nicht einmal in Händen hat. Hypothekar- wie Faustpfandgläubiger haben sonach kraft eigenen Rechts die actio furti in Concurrenz mit dem Pfandschuldner und zwar usque ad debitum, der Eigentümer de eo quod debitum excedit [2]); die actio furti in solidum aber, steht blos dem creditor pigneraticius i. e. S. wegen

---

1) Vgl. hierüher S. 121 A. 1. Ausser den dort citirten Stellen cf. § 14 (16) Instt. 4,1 (auch für den Hypothekargläubiger ist es von Vorteil „pignori potius incumbere quam in personam agere“); ferner l. 12 § 2 dig. 47,2. l. 19 § 5 eod. und namentlich auch l. 46 § 4 eod. In der letzten Stelle fährt nämlich Ulpian, nachdem er die Klagenkonkurrenz des Usufructuars und des Eigentümers bezüglich der aus ihrem Rechte entspringenden actio furti besprochen hat, folgendermassen fort:

> Et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse, eveniet ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem.

Wenn aber an einer Sache ein Ususfructus und zugleich ein Pfandrecht bestehen soll, so kann dies doch nur in der Art der Fall sein, dass der Nutzniesser die Sache in Händen hat und das Pfandrecht ein hypothekarisches ist. Denn wie soll der Nutzniesser sein Recht ausüben können, wenn ein Dritter die Detention der Sache hat? — Auch der Ausdruck „pignori accipere“ lässt auf den Hypothekargläubiger schliessen, ebenso wie der Ausdruck „pignori dare“ während andererseits die Ausdrücke „pignus accipere“ (l. 14 § 16 cit. § 4 Instt. 3,14, l. 1 § 6 dig. 44,7) und „pignus dare“ (§ 4 Instt. 3,14) lediglich vom Faustpfandgläubiger zu verstehen sind, wie auch die soeben aufgeführten Stellen schon aus anderen Gründen nur von diesem handeln können.

2) Vgl. oben S. 120 und die dort citirten Stellen.

seiner Haftung für Garantiecustodia zu. Jedoch hat die actio furti hier wie dort eine Besonderheit, von welcher l. 22 pr. dig. 13, 7 handelt, eine Stelle, welche wir schon deswegen einer näheren Betrachtung unterziehen müssen, weil sie nach Hasse[1]) deutlich beweisen soll, „dass nicht blos beim servus subreptus zwischen Schuld oder Nichtschuld unterschieden wird". Das angezogene Fragment lautet:

> Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum, videamus: et quidem non oportere id ei restitui quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.

Papinian, der sich, wie wir aus l. 22 Cod. 6, 2 wissen, überhaupt mit der Frage, wem der materielle Erfolg der actio furti gebühre, eingehend beschäftigt hat[2]), erklärt hier mit deutlichen Worten, dass der Pfandgläubiger alles, was er durch die Anstellung der Diebstahlsklage erlangt hat, auf die Schuld anrechnen müsse und zwar selbst dann, wenn der Diebstahl mit Verschulden des Gläubigers begangen wurde. Nachdem die Eingangsworte der Stelle ganz allgemein lauten, liegt es auf der Hand, dass nach der Ansicht des Juristen dieser Satz in allen Fällen Anwendung finden solle, in denen der Pfandgläubiger in die Lage kommen kann, mit der actio furti vorzugehen[3]), also sowohl da wo ihm dieselbe kraft seines Pfandrechtes zusteht[4]), als auch überall da, wo er zur Anstellung der

---

1) Cf. über l. 22 cit. überhaupt, Hasse, Culpa S. 465 ff. insbesondere S. 470 und was den citirten Ausspruch Hasses anlangt, ebendort S. 473 in fine.

2) Vgl. oben S. 176 A 2; ferner noch l. 14 § 5 und bes. § 6 dig. 47,2, wo ebenfalls Papinian als Autor citirt wird.

3) Vgl. die Worte: si pignore subrepto furti egerit creditor etc.

4) Dies sehen wir auch aus der nachfolgenden Erwähnung der condictio furtiva, bezüglich deren es ebenso gehalten werden soll, wie mit der actio furti, namentlich aber aus dem Schlusse der Stelle, welche von dem Falle spricht, wo

Klage wegen seiner Haftung für das furtum gelangt. Das Letztere trifft aber nicht blos dann zu, wenn der Pfandgläubiger, was regelmässig der Fall ist, Garantiecustodia prästirt, sondern auf Grund seiner Haftung gebührt ihm der Deliktsanspruch auch da, wo er nur für culpa aufkommt und wegen Vorliegens von culpa verurteilt wird: so, wenn es sich um einen verpfändeten Sklaven handelt[1]) oder wenn etwa durch Gegenvereinbarung die gesetzliche Haftung für custodia auf Haftung für blosse culpa ermässigt worden ist. Ueberall kommt hier das Prinzip: commodum eius esse debet cuius periculum est zur Geltung, jedoch auffallenderweise nur nach seiner formellen Seite, nicht aber wie sonst, auch in materieller Hinsicht: der Faustpfandgläubiger hat zwar formell die actio furti oder sie wird ihm durch Cession verschafft[2]), aber was den Ertrag derselben anlangt, steht er schlechter als die übrigen Schuldner[3]), welche ebenfalls für die gestohlene Sache Ersatz leisten müssen. Während nämlich diese alles behalten dürfen, was sie aus der actio furti erlangen, so dass ihnen trotz ihrer Ersatzpflicht wegen des duplum bezw. quadruplum möglicherweise sogar ein Gewinn zufällt, ist dies für den creditor pigneraticius dadurch ausgeschlossen, dass er den Ertrag der actio furti auf seine Forderung anzurechnen hat und wenn sich derselbe höher beläuft, den Ueberschuss an den Pfandschuldner herauszugeben verpflichtet ist[4]). Und auf diese Ausnahmsstellung[5]) des creditor pigneraticius will Ulpian noch speziell verwiesen haben, wenn er der allgemein ausgesprochenen Regel Papinians die Worte

---

der Schuldner selbst die Pfandsache entwendet und deshalb (da die Haftung cessirt) nur der dem Pfandgläubiger als solchem zustehenden Diebstahlsklage unterworfen ist. — Eine direkte Anwendung dieses Satzes auf die dem Pfandgläubiger wegen seines Rechts zustehende actio furti macht Papinian selbst in l. 14 § 6 dig. 47,2.

1) Vgl. l. 14 § 6 in fine dig. 47,2, und zu dieser Stelle oben S. 188 f.

2) Wenn er nicht custodia prästirt.

3) Indem der Pfandgläubiger als Inhaber der Pfandsache als Schuldner des Pfandschuldners erscheint.

4) Wozu ihn der Pfandschuldner mit der actio pigneraticia anhalten kann. Cf. l. 15 pr. dig. 47,2.

5) Vgl. S. 176 A. 2.

hinzufügt: et est verum etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Wenn daher hier von culpa creditoris die Rede ist, so ist dieser Ausdruck nicht etwa, wie Hasse zu glauben scheint, mit besonderer Beziehung auf die Custodiahaftung gebraucht, sondern der Grund für die Wahl desselben ist darin zu suchen, dass durch ihn alle die Fälle, wo der Pfandgläubiger wegen seines periculum die actio furti anstellt, mit einem Worte zusammengefasst werden können, was freilich auch wieder nur deswegen möglich war, weil die Garantiecustodia vom theoretischen Gesichtspunkte aus als Haftung für culpa angesehen wurde. Andererseits war auch von Einfluss die Beobachtung, dass die aus dem Rechte des Pfandgläubigers entspringende actio furti regelmässig nur beim Hypothekargläubiger vorkommen[1]) und dass dieser Letzere gar keine Schuld (von dolus abgesehen) in Ansehung der Pfandsache begehen konnte[2]), weshalb das oben bei Besprechung der l. 14 § 10 dig. 47,2 Gesagte auch hieher zu beziehen ist[3]). Die l. 22 kann sonach nicht im entferntesten als Beweis dafür angeführt werden, dass im Falle eines pignus nicht blos beim Sklaven zwischen »Schuld oder Nichtschuld unterschieden werde«; denn, wie wir soeben gesehen haben, die Stelle will durch die Erwähnung der culpa durchaus nicht die Fälle des verschuldeten und unverschuldeten Diebstahls auseinanderhalten, sondern vielmehr die zwei Gründe, welche den Pfandgläubiger zur Anstellung der actio furti legitimiren, nämlich Pfandrecht und Ersatzpflicht (culpa)[4]).

§ 26.

Locatio conductio.

Obgleich die Miete (locatio conductio) nicht wie die zwei im Vorausgehenden besprochenen Verträge schon ihrem Begriffe nach eine körperliche Sache zum Inhalte hat, so ist sie

---

1) Vgl. oben S. 121 und bes. A. 1.
2) Vgl. S. 121. A. 1. S. 188 in fine.
3) Vgl. S. 191 f. und namentlich S. 192 A. 1.
4) Vgl. überhaupt darüber S. 120 ff.

doch rechtlich nicht weniger fähig, custodia in sich aufzunehmen, und es tritt daher auch bei ihr die Haftung für custodia ein, sobald nur die thatsächliche Voraussetzung für dieselbe, nämlich die Detention einer Sache auf Seite eines Obligirten gegeben ist[1]). Dass auch Garantiecustodia regelmässig schon ex lege prästirt werde, entnehmen wir daraus, dass der Natur der Sache nach für gewöhnlich beide Voraussetzungen derselben vorhanden sind. Was den Quellennachweis hiefür betrifft, so ist in dieser Beziehung wegen ihrer allgemeinen Fassung in erster Linie bemerkenswert die schon früher besprochene l. 28 Cod. 4,65, welche wir jetzt nochmals, aber nach einer andern Seite hin, einer Betrachtung unterziehen wollen.

Der Wortlaut des Rescripts ist folgender: In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

Dass die Stelle von custodia im technischen Sinne, also von Garantiecustodia spricht, wurde oben[2]) darzuthun versucht. Sonach sagt sie, dass dieselbe sowohl im iudicium locati als im iudicium conducti zur Prästation komme, je nachdem es sich auf Seite des conductor oder des locator um Rückgabe einer Sache handelt, und diese Generalregel bestätigt sich auch, wenn wir die drei Erscheinungsformen, in welchen die Miete auftritt, im einzelnen durchgehen.

Fassen wir zunächst die locatio conductio rei, die Sachmiete, ins Auge, so kann eine Haftung für Garantiecustodia nur auf Seite des Mieters eintreten, der den Gebrauch der Sache hat und auch hier blos insofern als eine res mobilis in obligationem deduzirt ist. Wo aber dieses der Fall ist, da stehen die Quellen in Uebereinstimmung mit l. 28 cit. auch nicht an, den Mieter für Garantiecustodia verhaftet zu erklären und zwar ohne Unterschied der Sache, welche in Betracht kommt[3]),

---

[1]) Cf. oben S. 58.

[2]) S. 149.

[3]) Direkt ist die Verhaftung des Mieters einer Sache für Garantiecustodia nur ausgesprochen in l. 5 § ult. dig. 13,6, welche den conductor vehiculi in der unzweideutigsten Weise dem Commodatar in Bezug auf die Haftung gleichstellt.

und der conductor rei hat folgerichtig überall die actio furti wegen dieser seiner Haftung[1]). Jedoch zeigt sich bei der Sachmiete insofern eine Besonderheit, als es bei ihr auch später noch Regel war, dass die Parteien in jedem einzelnen Falle, wie überhaupt die gegenseitigen Rechte und Pflichten, so auch den Grad der Haftung für die vermietete Sache in einer besonderen lex locationis festsetzten, in welcher sogar nicht allzu

---

Indirekt aber ergibt sich dieselbe aus den zahlreichen Stellen, welche dem conductor rei die actio furti wegen seiner Haftung zuerkennen (cf. nächste Anmerkung). — Baron (a. a. O. S. 74) will die Verpflichtung zur gesteigerten Obhut (custodia i. t. S.) auf die drei in § 5 Instt. 3,24 namentlich aufgeführten Beispiele der Sachmiete beschränken, indem er das ex bono et aequo praestare als den Ausdruck einer geringeren Haftung ansieht. Doch dürfte schon das Fehlen einer Adversativpartikel vor qui pro usu etc. seine Ansicht als irrig erscheinen lassen, zumal da er einen Grund, warum gerade in diesen Fällen die strenge Haftung hätte eintreten sollen, nicht anzugeben vermag. Denn die Begründung, durch welche er S. 75 oben seine Meinung zu stützen sucht, wird man, wie auch Pernice a. a. O. S. 336 A. 20 richtig bemerkt, kaum als solche gelten lassen können. Das Entscheidende aber ist (was Baron ganz übersehen zu haben scheint), dass sich ausser den drei in § 5 Instt. h. t. genannten Fällen noch ein Fall in den Quellen findet, in welchem ausdrücklich Haftung für custodia i. t. S. vorgeschrieben wird, nämlich der bereits berührte Fall der conductio vehiculi (wobei doch vorzugsweise an das Gefährte selbst, nicht an die iumenta zu denken ist) in l. 5 § ult. dig. 13,6. Sollte dieser Fall, wenn bei ihm etwa allein noch als vierter custodia in t. S. ex lege zu vertreten gewesen wäre, in den Institutionen übersehen sein?! Da ferner Baron darin mit uns übereinstimmt, dass die Kompetenz zur actio furti das unbedingte Correlat für die technische Custodiahaftung bildet, so muss er auch alle die Stellen gegen sich gelten lassen, welche dem conductor rei allgemein die actio furti zuerkennen. Vgl. in dieser Richtung die folgende Anmerkung.

[1]) arg. l. 14 § 16 dig. 47,2: item locati (unmittelbar hinter commodati hervorgehoben!); ferner § 12 eod., welcher zweifellos von der Sachmiete handelt (cf. darüber S. 192 f.): vor allem aber l. 86 (85) dig. eod.: veluti is cui res locata est (also ganz allgemein res ohne jede Beschränkung!). Vgl. auch l. 86 (85) cit: sed nec is, qui fideiussit pro colono, woraus sich ergibt, dass der Pächter selbst als is cui res locata est die actio furti hat, nämlich in Ansehung des ihm mit dem Grundstück vermieteten beweglichen Inventars, für welches er ebenso einstehen muss, wie jeder conductor rei. Mit der dem Pächter wegen seiner Haftung für Garantiecustodia zustehenden actio furti ist nicht zu verwechseln die actio furti, welche er wegen seines Interesses am Genusse der Sache hat und von der in l. 14 § 2 l. 26 § 1 l. 83 (82) § 1 dig. 47,2 die Rede ist. Hier steht dann auch dem dominus fundi neben dem Pächter die actio furti zu und zwar wegen seines gesetzlichen Pfandrechtes an den Früchten zur Sicherung seiner Pachtschillingsforderung. Cf. l. 83 (82) cit.

selten über die gesetzliche Haftung hinausgegangen wurde[1]). So macht der § 5 Instt. 3,24 darauf aufmerksam, dass für die Frage nach der Prästation vor allem die lex locationis massgebend sei und dass die gesetzliche Haftung erst dann eintrete, wenn darin in dieser Hinsicht keine Bestimmung getroffen wäre. Die gesetzliche Haftung aber ist im allgemeinen die dil. diligentissimi patf. in cust^o^, wie dieselbe Institutionenstelle mit Bezug auf die Vermietung von Kleidungstücken, Zugvieh und Silbergeschirr hinzufügt, und zwar werden gerade diese Gegenstände beispielsweise erwähnt, weil bei dergleichen Sachen wegen ihrer geringeren Wichtigkeit und wegen der regelmässig kurzen Dauer ihrer Vermietung[2]) eine eigene lex locationis offenbar nur ausnahmsweise vorkam. Dass in specie in Ansehung der Detentionsverluste die gesetzliche Haftung des Mieters eine unbedingte ist, versteht sich nach dem bereits Gesagten von selbst, wird aber von Tribonian mit Rücksicht auf den Zweck der Institutionen[3]) nicht besonders namhaft gemacht.

Ist es bei der Sachmiete der Mieter, welcher custodia prästirt, so ist es auch bei der locatio conductio operis, der Werkverdingung, wieder der conductor, bei dem allein custodia in Frage kommen kann; dagegen finden wir bei der locatio conductio operarum die Rollen vertauscht: hier ist es der locator der für custodia aufkommt, soweit ihm behufs Ausführung der zu leistenden Dienste Sachen des Dienstherrn anvertraut werden. Da gesetzliche Garantiecustodia lediglich nur da möglich ist, wo eine Sache aus den Händen des Eigentümers in die des anderen Kontrahenten[4]) übergeht, so ist hinsichtlich der Werkverdingung klar, dass alle die Fälle nicht in Betracht kommen können, in welchen der Arbeiter eine Arbeit aus einem ihm

---

1) Die lex locationis wird in den Quellen ungemein häufig erwähnt; vgl. z. B. ausser dem im Texte anzuführenden § 5 Instt. h. t. noch l. 25 § 3 l. 29 l. 9 § 3 l. 30 § 4 dig. 19,2 u. a. m. Was das Hinausgehen über die gesetzliche Haftung anlangt vgl. l. 9 § 2 l. 30 § 4 dig. eod. und die sogenannte locatio conductio irregularis.

2) Im Gegensatz zur locatio conductio fundi.

3) Cf. S. 183.

4) Welcher hiedurch zum Schuldner wird.

selbst gehörigen Stoffe auf Bestellung für einen anderen herstellt, abgesehen davon, dass hier nach der in den Quellen recipirten Ansicht überhaupt keine locatio conductio operis mehr, sondern ein Kaufvertrag vorliegt[1]). Vielmehr handelt es sich bei der Werkverdingung vorzugsweise um die kleineren Geschäftsleute, welche sich auf die Ausbesserung von fremden Sachen verlegen, und für sie ist auch die Frage nach der Garantiecustodia von Wichtigkeit. Als Typen solcher kleineren Geschäftsleute treten in den Quellen der fullo und sarcinator auf, der Walker, der die Kleider walkte, reinigte und mit Kreide weiss machte, (wobei wir an den Kleiderreiniger und vor allem an unseren Wäscher zu denken haben) und der Flickschneider, denen die Römer, wenn sie unter unserem Klima gewohnt hätten, sicherlich auch den Flickschuster als dritten charakteristischen Repräsentanten der conductores operis an die Seite gestellt haben würden. Fullo und sarcinator stehen nun, obwohl sie den Lohn für ihre Arbeit erhalten, für Garantiecustodia ein, indem schon der Umstand, dass sie beim Geschäfte überhaupt Vorteil haben, diese Haftung, wie wir gesehen, zu begründen vermag, und es ist dies auch durch zahlreiche Stellen innerhalb wie ausserhalb des Corpus iuris, insbesondere bei Gelegenheit der Zuerkennung der actio furti bezeugt.[2])

Da die custodia im gewöhnlichen Sinne, als Schutz einer Sache d. i. als ein Thätigwerden, Aufwand von Arbeitskraft erheischt[3]), so kann eine fremde Arbeitskraft lediglich zu diesem Behufe in unseren Dienst gestellt werden und somit die custodia als solche Gegenstand einer Dienstmiete im weiteren Sinne sein[4]). Dabei steht zwar der Vermieter, welcher die custodia

---

1) Cf. Gai. III, 147; § 4 Instt. 3,24.

2) So besonders § 16 (18) Instt. 4,1 = Gai. III, 205.; l. 12 pr. dig. 47,2; cf. l. 25 § 8 dig. 19,2; l. 91 (90) dig. 47,2. Cf. auch l. 5 pr. dig. 4,9.

3) Vgl. S. 4.

4) Es kann das custodire rem, wie das perferre rem (cf. l. 3 § 1 dig. 4,9) und das vendere rem (cf. l. 1 pr. dig. 19,3) als Gegenstand einer loc. cond. operis wie einer loc. cond. operarum gedacht werden, je nachdem im concreten Fall die Absicht der Contrahenten mehr auf die Herbeiführung des bezweckten Erfolges (bei der custodia: der Sicherheit der Sache) oder auf die Leistung des betreffenden

zu leisten sich verpflichtet hat, unter Umständen für gewisse Fähigkeiten, insbesondere für technische Fertigkeit ein, aber der Grad der Custodiahaftung wird dadurch, dass die Absicht der Kontrahenten direkt auf Leistung von custodia geht, durchaus nicht über das gewöhnliche gesteigert; soll eine ausserordentliche über das für die loc. conductio vom Gesetze vorgeschriebene Mass hinausgehende Haftung eintreten, so muss dies von den Parteien geradeso wie sonst auch eigens ausgemacht werden[1]). Namentlich ergibt sich daraus für die Garantiecustodia nichts besonderes und es wird auch hier für nicht mehr gehaftet, als wie bei der Dienstmiete überhaupt, also wie in dem Falle des fullo, wo die custodia als blosse Nebenverpflichtung erscheint. Dass die merces speziell für custodia hingegeben wird, macht keinen Unterschied und kann keinen machen, da sonst der nauta und fullo, weil bei ihnen die Haftung für custodia keine primäre ist, für weniger aufkommen müssten, was aber nach dem ausdrücklichen Zeugnisse von Gaius in l. 5 pr. dig. 4,9 nicht der Fall ist. Die citirte Stelle hebt so deutlich, als es nur geschehen kann, hervor, dass es bei der Frage nach der Garantiecustodia nicht darauf ankomme, dass die merces gerade für die custodia gegeben sei, sondern darauf, dass überhaupt eine merces gegeben werde[2]), und Gaius sah sich zu dieser Bemerkung wohl veranlasst durch seine eigene als l. 40 dig. 19,2 in die Digesten aufgenommene Aeusserung, welche ebenfalls seinem fünften Buche zum edictum provinciale entstammt und in demselben sicherlich unmittelbar vor dem als l. 5 eingereihten Fragmente gestanden hat. L. 40 cit. betrifft nämlich die Custodiamiete und es ist dort gesagt, dass derjenige, welcher eine merces für die custodia einer Sache

---

Dienstes als solchen gerichtet ist. Ob die eine oder andere Art von Dienstmiete vorliegt, kann in sehr vielen Fällen zweifelhaft sein, ist aber gleichgiltig, da die praktischen Folgen für die Contrahenten dieselben bleiben, ob man nun Werkverdingung oder Dienstmiete i. e. S. annehmen will.

1) Vgl. hiezu S. 95 A. 2.

2) Was übrigens beim Schiffer wie bei den Personen des Edikts überhaupt nicht einmal notwendig ist, cf. l. 3 § 1 dig. 4,9. Gaius lässt diesen Fall in l. 5 cit. als ungewöhnlich ganz ausser Beachtung.

erhält, das periculum custodiae auf sich nehmen müsse, worunter natürlich nichts anderes als die Garantiecustodia gemeint sein kann. Um aber dem Missverständnis, welches hieraus entstehen könnte, vorzubeugen, fährt der Jurist fort, dass es jedoch für die Garantiecustodia durchaus nicht notwendig sei, dass die merces speziell für custodia empfangen werde, wie die Fälle des nauta und des fullo beweisen[1]), wo das periculum custodiae in gleicher Weise getragen wird, wie von denjenigen, qui pro custodia mercedem accipiunt[2]). — Ein spezieller Fall der Custodiamiete ist die vielbesprochene horrei locatio[3]). Diese horrea waren grosse Speicher, Aufbewahrungshallen, unsern Lagerhäusern vergleichbar, in welchen die Römer, wie uns

1) Der in dem Lohnempfang liegende Grund für den Eintritt der Garantiecustodia ist eben auch schon im letzteren Falle gegeben. Vgl. hierüber S. 170 Text zu A. 1 und A. 1 selbst. — Wenn von denjenigen, welche blos den nauta, nicht aber den fullo für technische custodia haften lassen wollen, angenommen wird, dass wohl in der ersten Hälfte der l. 5 cit. von der technischen custodia gesprochen werde, nicht aber in der zweiten, so ist diese Annahme einfach unmöglich, und nicht blos hart, wie Windscheid Pand. II, S. 508 A. 2 meint. Denn Gaius begründet die Thatsache, dass der nauta, obwohl er den Lohn nicht für custodia empfange, trotzdem für custodia einstehen müsse, damit, dass das Gleiche auch beim fullo und sarcinator zutreffe, dass also der Fall der nautae caupones und stabularii nicht ohne Analogie dastehe. Nur so kann es aufgefasst werden, wenn Gaius nach der Erwähnung der custodia, welcher die Ediktspersonen unterliegen, fortfährt: nam et (!) fullo et sarcinator non pro custodia (die gleichen Worte non pro custodia stehen auch am Anfang der Stelle) sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur (wo wieder die gesperrt gedruckten Worte völlig gleichlautend mit den in Beziehung auf den nauta etc. gebrauchten sind). Ueber das weitere aus dem Ausdruck „custodiae nomine" zu entnehmende Argument siehe oben S. 133 A. 1. — Auch Windscheid a. a. O. versteht sich nur widerstrebend zu dieser Interpretation, glaubt aber durch l. 3 § 1 dig. 4,9 hiezu gezwungen zu sein. Ueber letztere Stelle und das prätorische Edikt überhaupt vgl. Abschnitt V. Gibt man aber einmal zu, dass der fullo in demselben Sinne für custodia hafte, wie der nauta, dann muss man dies auch folgerichtig in Ansehung des Commodatars (cf. § 16 (18) Instt. 4,1) und allgemein aller der Schuldner behaupten, welchen die Quellen die actio furti zuerkennen.

2) So sagt l. un. § 4 dig. 47,5 ausdrücklich vom Schiffer, dass er dem periculum custodiae unterworfen sei, worunter doch nichts anderes verstanden werden kann, als unter dem periculum custodiae der l. 40 cit.

3) Vgl. hiezu Baron a. a. O. S. 51.

Paulus berichtet[1]), pretiosissimam partem fortunarum suarum zu deponiren pflegten. Eigentümer derselben waren grosse Kapitalisten, sogar der Kaiser selbst war dominus horreorum[2]), so dass wir uns darunter jedenfalls grossartige organisirte Institute zu denken haben[3]). Die domini horreorum (der Plural deutet darauf hin, dass ein solcher dominus gleich mehrere horrea für den bestimmten Zweck zu haben pflegte) traten entweder direkt mit den einzeln Deponenten in Verkehr, indem sie denselben die horrea als Aufbewahrungsort für ihre Sachen gegen Entgelt zur Verfügung stellten, oder sie verpachteten die horrea im ganzen an sogenannte horrearii, wo dann erst diese als die eigentlichen Depositare fungirten. Indem nun die Quellen darauf Gewicht legen, dass die horrea den Einlegern gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden, sei es von dem dominus selbst oder dem horrearius, kommen sie dazu von horrei locatio zu sprechen und das bestehende Rechtsverhältnis als Sachmiete zu charakterisiren. Jedoch ist dieser Standpunkt, dem die römischen Juristen hier huldigen, ein mehr äusserlicher; ihrem inneren Wesen nach ist und bleibt die horrei locatio Dienstmiete und zwar speziell Custodiamiete, wie bereits oben angedeutet[4]). Der dominus horreorum bezw. horrearius war als solcher Geschäftsmann geradeso gut, wie der fullo. Er schloss wie dieser, mit den verschiedensten Personen gleichzeitig, nur in weit grösserem Umfange, Mietverträge des Inhalts ab, dass er sich gegen einen gewissen Lohn zur Leistung von custodia der ihm zu diesem Behufe übergebenen Gegenstände verpflichtete. Um alle übernommenen derartigen Aufträge zugleich ausführen zu

---

1) l. 3 § 2 dig, 1,15. Vgl. auch l. 84 dig. de leg. III. l. 3 Cod. 5, 38.

2) Wie aus l. 21 § 1 dig. 20,4 hervorgeht.

3) Das letztere erhellt auch aus der häufigen Erwähnung derselben in den Quellen, was sonst auffallen müsste, da sich im übrigen bei der horrei locatio durchaus nichts besonderes ergibt. Ein Beweis für die Wichtigkeit dieser Institution liegt auch darin, dass der allgemeine öffentliche Gebrauch der horrea hervorgehoben wird (cf. l. 9 Cod. 4,24).

4) Damit stimmt überein Windscheid, Pand. II, S. 508 A. 2, woselbst er den horrearius unter der Rubrik „Dienstmiete" erwähnt.

können, bedurfte er allerdings eines Aufbewahrungsortes, des horreum, aber wenn auch gerade die grosse Sicherheit, welche ein solches horreum der in ihm aufbewahrten Sache gewährt, den Einleger bestimmte, seine Sachen dem dominus horreorum bezw. horrearius anzuvertrauen, so war das horreum selbst doch nur etwas sekundäres bei dem ganzen Geschäfte, welches sich von der merces abgesehen als reines Depositum darstellen würde[1]).

Fällt sonach der Speicherinhaber (dominus horreorum oder horrearius) unter die Kategorie derjenigen, qui mercedem pro custodia alicuius rei accipiunt, so prästirt er selbstverständlich auch das periculum custodiae nach der Regel der l. 40 cit. Indes besitzen wir auch von der locatio horrei direkt sprechende Quellenzeugnisse, welche dies bestätigen. So ist in l. 60 § 6 dig. 19,2 von einem periculum die Rede, das der locator horrei durch die blosse vorbehaltslose Aufnahme der Sachen in seinen Speicher tragen müsse, worunter doch nur das periculum custodiae, wie es auch der nauta ebenfalls durch blosse receptio

---

1) Daher wird das Einlegen in diese horrea auch direkt als „deponere“ im weiteren Sinne bezeichnet, so in l. 9 Cod. 4,24. Cf. auch l. 1 § 9 dig. 16,3, welche einen der horrei locatio ähnlichen Fall enthält. Es wird hier nämlich der Gepflogenheit der alten Römer gedacht, ihre Sklaven zur Strafe in Stampfmühlen zu schicken, die sie dann statt der Pferde und Esel treiben mussten. Hierin erblickte man, solange der Stampfmühlenbesitzer dem Sklaven nur den Lebensunterhalt verabreichte, ein Depositum, da derselbe verpflichtet war, als Entgelt für die operae des Sklaven diesen zu custodiren, zu überwachen. Zahlte dagegen der Herr des servus für die zu leistende custodia noch eigens eine merces an den pistrinarius, dann lag Custodiamiete vor und zwar denkt sich l. 1 § 9 cit. dieselbe als locatio conductio operarum, da sie gegen den pistrinarius die actio conducti zulässt. Nebenbei bemerkt geht auch aus dieser Stelle mit Evidenz hervor, dass die custodia des Mieters im Grunde keine andere sein kann, als die des Depositars und überhaupt jedes beliebigen Schuldners, indem nur das Moment der merces für die Frage entscheidend ist, ob actio conducti oder depositi. — Darauf, dass die locatio horrei als Custodiamiete zu denken ist, weist auch der Umstand hin, dass von den Quellen selbst „custodes“ erwähnt werden, worunter die vom Speicherinhaber zur Bewachung des horreum und damit auch der darin deponirten Sachen aufgestellten Sklaven gemeint sind. Cf. l. 4 pr. Cod. 4,65 l. 55 pr. dig. 19,2. Und gerade in der fortwährenden Bewachung durch eigens aufgestellte Personen liegt hauptsächlich die erhöhte Sicherheit, welche den deponirten Sachen zu teil wird.

auf sich nimmt, verstanden werden kann[1]). Ferner spricht § 9 eod. von „rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare debet“ und l. 1 Cod. 4,65 sieht sich veranlasst, ausdrücklich zu erklären, dass der dominus horreorum für vis maior nicht einstehe, ein argumentum e contrario dafür, dass er Garantiecustodia prästirt[2]). Übrigens sind die meisten Autoren darüber einig, dass der Speicherinhaber von vis maior abgesehen, unbedingt haftet[3]), so dass wir, was ihn anlangt, viel weniger einen Widerspruch zu fürchten haben, als betreffs der Behauptung, dass alle die andern Schuldner, welche die actio furti haben, ebenso strenge haften, wie er. Als

1) Schon ein Vergleich dieser Stelle mit l. 1 § 8 dig. 4,9 (vgl. das hier wie dort durch inferri erläuterte recipere) setzt es ausser allem Zweifel, dass der Speicherinhaber gerade so strenge haftet, wie der nauta, was nämlich das Gebiet der in der salvum fore receptio enthaltenen Garantiecustodia anlangt.

2) Vgl. auch noch Coll. X, 9: Paulus respondit, satis propositam constitutionem declarare his qui horrea locant maiorem vim imputari non posse. — Ein weiterer Beweis dafür, dass der locator horrei für Garantiecustodia schon ex lege haftet und dass seine Haftung in dieser Richtung der des Schiffers gleichkommt, lässt sich auch daraus entnehmen, dass ein von seiner Seite ausdrücklich gegebenes Custodiaversprechen seine Haftung selbst auf vis maior erstreckt: arg. l. 4 § 2 Cod. 4,65; l. 55 pr. dig. 19,2. Das Nähere hierüber siehe unten im 5. Abschnitte. — Was das arg. e contr. anlangt, so vergleiche darüber l. 17 § 4 dig. 19,5, wo es heisst, nachdem gesagt ist, dass für vis maior nicht gehaftet werde: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere. Siehe aber auch l. 13 § 1 dig. 13,7.

3) So selbst Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht III, 109. Pernice Labeo II, 350. Brinz, Pand. § 269 A. 42 in fine. Dagegen erkennt Baron (a. a. O. S. 50) zwar die anomale Haftung des Speicherinhabers an, sagt aber (und zwar mit vollem Recht), dass die gleiche Anomalie sich bei einer ganzen Reihe von Obligationen ebenfalls vorfindet. Auch Windscheid, Pand. II, § 401 A. 2 macht den locator horrei für technische custodia (in seinem Sinne) haftbar und stellt ihn auf die gleiche Stufe mit dem nauta und denjenigen qui mercedem perferendae (epistulae) accipit. — Indes gehen die genannten Schriftsteller zu weit, wenn sie die gesteigerte Haftung hier in derselben Ausdehnung annehmen, wie beim Schiffer, so dass der locator horrei auch für damnum datum in der Weise einstehen würde, dass ihn nur vis maior befreit. Wäre es dem gegenüber nicht gerade bei dem Speicherinhaber auffallend, dass als vis maior in den Stellen immer blos die effractura latronum aufgeführt ist, während doch incendium externum nicht minder naheliegend gewesen wäre. Cf. l. 55 pr., dig. 19,2; l. 1 Cod. 4,65 (wo das „vel“ gleich „velut“ wie noch öfter gebraucht ist); l. 4 pr. Cod. eod.

Beweis dafür, dass der locator horrei in Bezug auf Haftung keine Ausnahmsstellung einnehmen kann, gilt vor allem das oben über die Custodiamiete im allgemeinen Gesagte; dann aber dürften wir uns füglich darüber wundern, dass die l. 60 § 9 cit. mit der custodia, quam horrearius conductoribus praestare debet eine strengere, von der des Commodatars und Walkers dem Grade nach verschiedene Haftung hätte bezeichnen wollen, während es andererseits von den genannten Schuldern zu wiederholtenmalen heisst, dass sie die actio furti haben, quia custodiam praestare debent. Ist es ferner wahrscheinlich, dass diese ausnahmsweise gesteigerte Haftung in den Quellen gar keinen Ausdruck gefunden hätte? Denn die mehrmals vorkommende Betonung, dass der Speicherinhaber nach dem Gesetze, also ohne besonderen Vertrag nicht für vis maior aufkomme, kann doch nicht in diesem Sinne gedeutet werden, zumal da das Gleiche auch vom Faustpfandgläubiger in l. 13 § 1 dig. 13,7 und allgemein vom locator conductor in l. 28 Cod. 4,65 ausdrücklich konstatirt ist[1]). Und wenn in l. 60 § 6 dig. 19,2 von periculum die Rede ist, so werden wiederum in l. 14 § 16 dig. 47,2 alle die Schuldner, welchen die actio furti zugeschrieben wird, als diejenigen bezeichnet, quorum periculo res alienae sunt[2]). Wollte man aber annehmen, dass Ulpian hier sowohl das periculum culpae als das bedeutendere periculum custodiae (letzteres im Sinne der l. un. § 4 dig. 47,5 u. l. 40 dig. 19,2) unter periculum schlechthin zusammengefasst habe, so wäre es unerfindlich, wie er hätte dazu kommen sollen, den Commodatar als Repräsentanten dieser Gefahr tragenden Personen an die Spitze

1) Ebenso wird auch für den Commodatar die praestatio vis maioris ausdrücklich verneint in l. 1 Cod. 4,23 und für den Faustpfandgläubiger auch noch in l. 19 Cod. 8,13 (14).

2) Vgl. hiezu noch den Schluss derselben l. 14, wo es mit ausgesprochener Beziehung auf den Schiffer und Gastwirt heisst: nam his (sc. cauponi et magistro navis) damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet. Also auch hier wieder blos periculum und keine Spur von einer Andeutung, dass dieses periculum um so mehr die Kompetenz zur actio furti zu begründen geeignet ist, als es im Vergleich zu dem periculum des Commodatars und der demselben gleichstehenden Schuldner ein gesteigertes ist!

zu stellen, während er diejenigen, welche gerade dem höheren periculum unterworfen wären, bei der Aufzählung gänzlich übergeht. Will man demnach daran festhalten, dass der Speicherinhaber für mehr aufkomme als der Commodatar, so muss man anerkennen, dass die Römer custodia ohne jeglichen einen Unterschied andeutenden Zusatz in einer doppelten Bedeutung gebraucht haben, dass dies ebenso mit dem Worte periculum der Fall ist und dass sie endlich der custodia, gleichviel in welcher Bedeutung von ihr gesprochen wird, immer die gleiche vis maior entgegensetzen; lauter Erscheinungen, welche uns fast glauben machen könnten, dass es die römischen Juristen absichtlich darauf anlegten, die Lehre von der Custodiahaftung soviel als möglich zu verwirren. Es kann daher nur richtig sein, den Speicherinhaber als in gleicher Weise wie den Commodatar für Garantiecustodia haftend anzusehen und ihm folgerichtig die actio furti aus dem Grunde des periculum custodiae zuzuerkennen, wie er denn auch in l. 14 § 16 dig. 47,2 unter dem „item locati“ stillschweigend mitverstanden ist[1]).

§ 27.

Mandatum.

Wenn man das Mandat, wie es im geltenden Recht erscheint, auf die zwei Voraussetzungen hin, welche für den Eintritt der Garantiecustodia gelten, einer Prüfung unterzieht, so wird man kein Bedenken tragen, den Mandatar so gut wie den Commodatar für dieselbe haftbar zu erklären. Denn einerseits erfahren wir namentlich durch l. 13 Cod. 4,35, dass der

1) Hatte der dominus horreorum einen Speicher im ganzen an einen horrearius vermietet, so lag zwischen dem dominus und horrearius jedenfalls eine loc. cond. rei, eine Sachmiete vor. Dabei haftet natürlich der dominus dem horrearius regelmässig nur für die Gewährung des Gebrauches des horreum, „nisi si in locando aliter convenit“ (sagt l. 60 § 9 dig. 19,2), wo er dann gegebenenfalls auch für die custodia der eingelegten Sachen aufkommt. Es ist bei dieser Verabredung wohl daran zu denken, dass es vorkam, dass der dominus auch gleich das erforderliche Bewachungsmaterial stellte, nämlich ihm gehörige Sklaven als custodes, welche der jeweilige horrearius als bei dem horreum befindlich mit übernahm und für deren Tüchtigkeit und Redlichkeit der dominus horreorum dem horrearius garantirte.

Mandatar für omnis culpa einstehe[1]), also jedenfalls dil. dil. patf. prästire, und andererseits ist auch das domini voluntate detinere auf seiner Seite gegeben, sofern es sich um eine Sache handelt, welche er vom Mandanten behufs Ausführung eines Auftrags bekommen hat. In einer weit schwierigeren Lage befinden wir uns dagegen den Quellen gegenüber, wenn wir uns nämlich nach bestimmten Aussprüchen über die beim Mandate zu prästirende Garantiecustodia umsehen. Zwar kann dies um so weniger Wunder nehmen, als sich oben hinsichtlich der custodia im gewöhnlichen Sinne die gleiche Erscheinung zeigte und der dort hiefür angegebene Grund selbstverständlich auch für die Garantiecustodia zutrifft[2]). Aber gerade der Umstand, dass es blos einzelne seltene Fälle waren, wo es sich beim Mandate um custodia oder gar um Garantiecustodia handeln konnte, gerade dieser Umstand, welcher in der Natur des Mandates begründet war, hatte zur Folge, dass die Quellen selbst da, wo sie direkte Veranlassung haben, von der Garantiecustodia zu sprechen, nämlich bei der Lehre von der actio furti, den Mandatar nicht unter den Personen aufzählen, welche regelmässig ex lege custodia prästiren und daher die actio furti haben[3]). Dagegen wird in l. 14 § 9 dig. 47,2 ein solcher einzelner Fall hervorgehoben und diese Stelle lässt denn auch keinen Zweifel darüber bestehen, dass derjenige, welcher beauftragt ist, eine Sache zu überbringen („qui mandato alicuius rem accepit perferendam") die actio furti hat[4]) und sonach auch in gleicher Weise für custodia einzustehen hat, wie die anderen

---

1) Cf. auch l. 11 l. 21 Cod. eod., welch letztere Stelle zugleich ausführt, warum man beim Mandate, trotzdem dass der Mandatar keinen Vorteil bei dem Geschäfte hat, für jede culpa aufkomme. Vgl. darüber auch Windscheid Pand. § 410 A. 4. Über Coll. X 2 §§ 1—3 (Modestin), wornach der Mandatar nur für dolus einstehen soll, geradeso wie der Depositar, siehe die bei Windscheid a. a. O. citirten Schriftsteller.

2) Vgl. S. 59.

3) Cf. l. 14 § 16 dig. 47,2; das hier gegebene Verzeichnis ist nämlich sonst vollständig, was die benannten Kontrakte anlangt.

4) Dies ergibt sich per. arg. e contr. und aus der Gleichstellung mit dem Commodatar, von welchem unmittelbar vorher im § 8 gehandelt wird.

Schuldner, welchen die Diebstahlsklage zuerkannt ist. — Wie die custodia den alleinigen Gegenstand einer loc. conductio bilden kann, so dass wir von einer Custodiamiete sprechen, so kommt sie auch als Inhalt eines Mandates vor, in welchem Falle dann ein mandatum custodiae, ein Custodiaauftrag vorliegt[1]), der sich vom depositum nur durch die strengere Haftung unterscheiden konnte, weshalb der mit der custodia Beauftragte zweiffellos Garantiecustodia prästirt[2]). Ebenso dürfte es keinem Bedenken unterliegen, den fullo auch dann für Garantiecustodia haftbar anzusehen, wenn er die Besorgung des opus unentgeltlich übernommen hat und sonach als Mandatar erscheint[3]). Dagegen ergibt sich für den Fall, wo res perferenda data est, eine Ausnahme von der gesetzlichen Haftung für Garantiecustodia dann, wenn es sich um keine Sache von allgemeinem Tauschwert handelt. So, wenn ein Brief, der an und für sich eine wertlose Sache ist, überbracht werden soll. Hier muss der Mandant den Mandatar im einzelnen Falle erst auf die Wichtigkeit des Briefes aufmerksam machen, dadurch, dass er ihn ausdrücklich Garantiecustodia übernehmen lässt oder sein Interesse an der richtigen Beförderung durch Zahlung einer merces an den Tag legt[4]). Das will l. 14 § 17 dig. 47,2 sagen, wenn es dort heisst, dass der Überbringer eines Briefes die actio furti habe „si custodia eius ad eum pertineat", was nur dann zutreffe „vel si custodiam eius (rei?) recepit vel mercedem perferendae accipit". Der innere Grund dieser Ausnahme besteht darin, dass bei der Übergabe von Briefen, mit welchen ja vielfach ein vermögensrechtliches, der aestimatio zugängliches Interesse gar nicht verbunden ist, in der älteren Zeit ein

1) Cf. l. 1 § 12 dig. 16,3 und darüber S. 55 f. ebenso l. 51 dig. 41,2: an mandato meo aliquis custodiat.

2) Dies scheint auch aus l. 1 § 12 dig. 16,3 hervorzugehen, obwohl das „habens et custodiae legem" wie oben dargethan, von der custodia i. g. S. zu verstehen ist. Vgl. das oben S. 55 f. über diese Stelle Gesagte.

3) Und zwar im Hinblick auf § ult. Instt. 3,26 und die Thatsache, dass mit Bezug auf custodia vom fullo immer ganz allgemein die Rede ist und namentlich einer Ausnahme nirgends Erwähnung geschieht.

4) In welch letzterem Falle das Mandat zugleich in loc. cond. übergeht.

ausdrückliches Custodiaversprechen wegen der Geringfügigkeit des Gegenstandes nicht regelmässig geleistet wurde und dass jedenfalls später ein solches Versprechen auch schon deswegen nicht in der Uebernahme der Detention von seite des Mandatars erblickt werden konnte, weil es immer ohne weiteres für den Boten ungewiss ist, wer das (vermögensrechtliche) Interesse an der richtigen Beförderung des Briefes hat, derjenige, welcher ihm denselben zur Besorgung übergibt oder derjenige, für welchen er bestimmt ist[1]). Der Mandatar würde daher stets im Unklaren sein, ob er Garantiecustodia prästire oder nicht, indem die gesetzliche Verpflichtung zu derselben jedenfalls da, wo der Empfänger[2]) der Interessirte ist, ausgeschlossen wäre, weil es an dem Erfordernisse des domini[3]) voluntate detinere mangelt. Der Übergeber des Briefes musste demnach jedesmal ausdrücklich darauf hinweisen, dass ein Fall der Garantiecustodia vorliege, weil er dabei interessirt sei; nahm dann trotzdem der Mandatar den Auftrag an, so lag hierin selbstverständlich eine stillschweigende custodiae receptio. Zahlte aber der Mandant sogar eine merces, so bewies er schon hiedurch sein Interesse an der Beförderung des Briefes und es musste daher für diesen Fall so gut custodia prästirt werden, als wie bei jeder Dienstmiete.[4])

---

1) Denn als Interessent erscheint hier nicht so fast der Eigentümer als derjenige, ad cuius utilitatem pertinent ea, quae scripta sunt. Dies aber kann der Bote von vorneherein nicht wissen, da er ja den Inhalt des Briefes in der Regel nicht kennen wird. Cf. hiezu den Eingang der citirten Stelle.

2) Also nicht der Uebergebende, von dem der Mandatar seine Detention ableitet.

3) An dessen Stelle bei dem an sich wertlosen Briefe derjenige tritt, ad cuius utilitatem ea, quae scripta sunt, pertinent.

4) Windscheid, Pand. II, § 401. A. 2 sieht sich deshalb, weil er die Haftung für technische Custodia bei der locatio conductio im allgemeinen verneint, gezwungen von den Worten der soeben besprochenen Stelle: vel mercedem perferendae accipit das „perferendae" zu urgiren, so dass der Bote nur dann custodia prästiren würde, wenn er sich anheischig gemacht hat, den Brief unter allen Umständen abzuliefern. Bei dieser Annahme wäre vor allem der Hinweis auf die merces unverständlich, denn es müsste doch auch schon der Mandatar custodia prästiren, wenn er sich ausdrücklich zu dem „perferre" verpflichtet hat. Dann aber kann hier auf das „perferre" deshalb kein solcher Nachdruck gelegt sein,

Sehr häufig handelt es sich beim Mandate erst um den Erwerb einer Sache für den Auftraggeber durch den Beauftragten, wo dann die gesetzliche Verpflichtung zur Garantiecustodia deshalb nicht eintreten kann, weil eine thatsächliche Detentionsübergabe von seite des dominus negotii nicht stattfindet und es daher, wie beim Verkäufer, an dem äusserlich hervortretenden Umstande fehlte, in dessen Eintritt man das stillschweigende Custodiaversprechen des Mandatars hätte erblicken können. Wie wir sehen, lässt die Natur eines derartigen Mandates eine gesetzlich eintretende Garantiecustodia nicht zu und Paulus sagt daher in l. 5 § 4 dig. 19,5 gelegentlich eines solchen Falles ganz richtig, dass hierdurch eine auf Garantiecustodia zielende Vereinbarung der Parteien ein „excedere naturam" hinsichtlich des Mandates bewirkt werde[1]).

---

weil es unmittelbar vorher heisst: et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat potest. Der Nachdruck ist daher offenbar auf die Erwähnung der merces zu legen, wie im Text geschehen.

1) Die angezogene Stelle lautet: Sed si facio, ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae ...... et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem). Der Jurist will mit den vorstehenden Worten sagen, dass sich der Innominatkontrakt nach der Form: facio, ut facias gewissermassen als Mandat auffassen lasse und zwar trotzdem, dass hier die durch die Besorgung des Geschäftes, speziell der Schuldeintreibung, erwachsenen Unkosten dem Gerenten zur Last fallen, was beim Mandate naturgemäss nicht zutrifft (cf. l. 27 § 4 dig. 17,1). Denn fürs erste gleicht es sich ja aus, indem auch der andere Contrahent seinerseits Unkosten hat (die aus der von ihm „mutuo officio" bethätigten Schuldeintreibung entspringen), so dass das Bedenken jedenfalls dann schwinden muss, wenn man annimmt, dass sich die beiderseitigen Auslagen auf dieselbe Höhe beziffern (cf. die den citirten unmittelbar folgenden Worte der Stelle: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est). Dann aber könne, fährt Paulus fort, das Mandat kraft Vertrags auch einmal die ihm vom Gesetze zugeschriebene Natur überschreiten, wie das im Falle eines eigentlichen Einkassirungsmandats auch anderweitig möglich sei, indem z. B. der Mandant sich ausbedinge, dass der Mandatar Garantiecustodia hinsichtlich des einzukassirenden Geldes prästire oder dass er bei der Einforderung nicht mehr als zehn aufwende, widrigenfalls er ihm das Mehr nicht ersetzen werde (cf. dagegen l. 27 § 4 cit.).

§ 28.

Die übrigen Obligationen.

Mit den bisher behandelten Obligationen ist zwar die Reihe der benannten Kontrakte, welche regelmässig Garantiecustodia ex lege in sich aufnehmen, abgeschlossen, jedoch sind hiemit die Fälle der kraft Gesetzes regelmässig eintretenden Garantiecustodia bei weitem nicht erschöpft. In dieser Hinsicht verdient vor allem das reiche Gebiet der Innominatkontrakte Beachtung, auf welchem das Rechtsleben selbst jetzt noch seine schöpferische Kraft bewährt und natürlich auch in den Zeiten der Römer bewährte. Nachdem aber einmal das Prinzip für die technische Custodiahaftung aufgestellt und die Vorbilder in den benannten Kontrakten gegeben waren, war es selbstverständlich, dass man einen solchen neu auftauchenden Fall, soferne bei ihm die Verhältnisse in Bezug auf custodia analoge waren, auch sofort analog behandelte, ohne dass es mehr des Umweges eines üblich gewordenen Custodiagedinges bedurft hätte. Daher wird bei allen Innominatkontrakten von Gesetzes wegen für Garantiecustodia eingestanden, sobald ihre beiden Voraussetzungen zutreffen[1]). —

Ausserdem wird noch der Nutzniesser aus der cautio usufructuaria obligirt, so dass er für Garantiecustodia aufkommt und ihm die actio furti wegen dieser seiner Haftung zusteht[2]).

Was das receptum nautarum betrifft, bei welchem ebenfalls für Garantiecustodia gehaftet wird, siehe Abschnitt V.

§ 29.

II. Obligationen, welche nur ausnahmsweise Garantiecustodia ex lege in sich aufnehmen.

Als Obligationen, welche Garantiecustodia nur ausnahmsweise ex lege in sich aufnehmen, sind alle diejenigen zu be-

---

1) Die in den Quellen sich findenden Innominatkontrakte, in Bezug auf welche ausdrücklich Haftung für Garantiecustodia statuirt ist, sind enthalten in l. 10 § 1 dig. 13,6; l. 17 § 2 § 4 dig. 19.5.

2) arg. l. 2 dig. 7,9. Vgl. über diese Stelle S. 145 f.

zeichnen, bei denen nach ihrer allgemeinen Natur eine so hohe Haftung wie die dil. dil. patf. und folgerichtig auch die Garantiecustodia nicht angemessen erscheint, obwohl dieses naturale Hindernis ausnahmsweise durch concrete Thatbestandsmomente beseitigt werden kann. Nachdem wir hierüber schon oben S. 151 ff. ausführlich gehandelt haben, so begnügen wir uns hier darauf zu verweisen. Da bei diesen Obligationen die Haftung für Garantiecustodia etwas Aussergewöhnliches ist, so müssen sie immerhin denjenigen beigezählt werden, welche custodia nicht erheischen, weshalb § 17 (19) Instt. 4,1 vom Depositar ganz richtig sagt, dass er custodia nicht prästire[1]) und daher auch die actio furti nicht habe.

III. Obligationen, deren Natur die gesetzliche Haftung für Garantiecustodia direkt ausschliesst.

§ 30.

Nähere Bestimmung derselben.

Wie bereits erwähnt[2]), gibt es Obligationen, durch deren allgemeinen Thatbestand bereits die Möglichkeit einer Haftung für Garantiecustodia schlechthin ausgeschlossen ist, weil es im Begriffe dieser Rechtsverhältnisse gelegen ist, dass der Schuldner die Sache nicht durch den Willen des Eigentümers in seiner Detention hat. Dies ist überall da der Fall, wo gerade der Umstand, dass keine Willensäusserung von seite des domi-

---

1) Den oben erwähnten Fällen (Depositum, Societät und Prekarium) wäre allenfalls noch der Fall hinzuzufügen, wo der Ehemann Paraphernalgut seiner Frau in Händen hat, für welches er nur dil. quam suis prästirt (cf. l. 11 § 4 Cod. 5,14). Die Haftung des Mannes in Ansehung der Dotalsachen gehört nicht hieher, sondern unter III., da der Ehemann Eigentümer derselben ist und daher mit Bezug auf seine Restitutionspflicht eine dem Verkäufer analoge Stellung einnimmt. — Wenn Pernice Labeo II, S. 368 in fine sagt, dass der socius überhaupt nicht für Diebstahl hafte, so geht das zu weit, er prästirt eben nur nicht Garantiecustodia, kommt aber andererseits auch, was Diebstahl anlangt, für dil. quam suis in cust.ª auf.

2) Oben S. 151. Ebenso vgl. zu dem ganzen § das S. 137 ff. Gesagte.

nus negotii erfolgt, als charakteristisches Merkmal des Rechtsverhältnisses auftritt, also überall, wo jemand nur quasi ex contractu obligirt ist. Dahin gehört die negotiorum gestio[1]), Tutel[2]) und Kuratel[3]), ebenso die sog. communio incidens[4]) und das zwischen dem Erben und Vermächtnisnehmer im Hinblick auf die Erfüllung des Legates bestehende Rechtsverhältnis[5]). Wird somit in diesen Fällen nicht für Garantiecustodia eingestanden, so hat der Schuldner auch die actio furti nicht, was wir in den Quellen bestätigt finden und wenn trotzdem von einer actio furti des Tutors die Rede sein sollte, so hat sie derselbe jedenfalls nicht wegen seiner Haftung, sondern ex officio suo, mithin als personam domini (des Mündels) sustinens[6]). — Mangelt es bei den soeben genannten Obligationen überhaupt an einer voluntas domini, so trifft dies zwar bei anderen Rechtsverhältnissen nicht zu, aber es kann bei ihnen Haftung für Garantiecustodia ebensowenig eintreten, weil der Schuldner überall seine Detention nicht aus dem Willen des Eigentümers der Sache ableitet, indem er selbst Eigentümer derselben ist und blos für die Leistung derselben haftet. Hier ist in erster Linie der Kauf zu nennen, welchem wir im folgenden Para-

---

1) So wird in l. 22 Cod. 2,18 (19) ausdrücklich hervorgehoben, dass der neg. gestor den casus fortuitus nicht prästire, während bei den für Garantiecustodia Aufkommenden immer das Nichteinstehen für vis maior betont wird. Vgl. z. B. die von denselben Kaisern herrührende, vom Pfandgläubiger handelnde l. 19 Cod. 8,13 (14). Auch l. 20 § 1 Cod. 2,18 (19) spricht nur von culpa levis. Cf. l. 24 Cod. 4,32; l. 10 (11) dig. 3,5.

2) Bei welcher überdies blos für dil. quam suis gehaftet wird: arg. l. 1 pr. dig. 27,3, ausser der Vormund hat sich zugedrängt: cf. l. 53 § 3 dig. 47,2.

3) Für den Kurator gelten die gleichen Grundsätze auch rücksichtlich der Haftung, wie für den Vormund, nur dass der Kurator regelmässig blos custodia bonorum und nicht wie jener administratio hatte. Cf. l. 48 dig. 26,7; l. 1 § 4 dig. 50,4 und oben S. 12, was die custodia betrifft und hinsichtlich der gleichartigen Behandlung namentlich l. 1 § 22 dig. 37,9.

4) Auch hier wird überdies nur für dil. quam suis eingestanden: arg. l. 25 § 16 dig. 10,2.

5) Ebenso wie bei den vorgenannten Rechtsverhältnissen geschieht auch hier der Garantiecustodia nirgends Erwähnung, ein indirekter Beweis dafür, dass sie nicht prästirt wird. Cf. l. 47 § 4. 5. l. 108 § 12 de leg. I.

6) Cf. l. 57 (56) § 4 dig. 47,2.

graphen noch eine eingehende Betrachtung in Bezug auf die von der Haftung des Verkäufers handelnden Quellenzeugnisse widmen werden, während auf die inneren Gründe, warum der Verkäufer nicht schon ex lege custodia prästirt, bereits oben hingewiesen wurde[1]). In einer der des Verkäufers vor der Tradition der Sache ähnlichen Lage befindet sich ferner der Ehemann hinsichtlich der Herausgabe der dos: auch er könnte daher nicht für Garantiecustodia haften, selbst wenn er im allgemeinen für mehr als dil. quam suis einstehen müsste. Das gleiche gilt selbstverständlich vom Tauschvertrag und zwar nach heutigem Rechte bezüglich beider Kontrahenten, während nach römischem Rechte immer nur ein Kontrahent in Betracht kommen konnte, da der Tauschvertrag als Realkontrakt aufgefasst wurde und sonach eine Haftung überhaupt erst eintrat, nachdem der eine Kontrahent bereits geleistet hatte. —

§ 31.
Emptio venditio.

Als Konsensualkontrakt ist der Kauf in dem Augenblicke perfekt, in welchem die beiden Kontrahenten sowohl in Betreff der Waare als auch des hiefür zu zahlenden Preises miteinander übereingekommen sind. Dieser Zeitpunkt ist auch der entscheidende für den Übergang des periculum rei auf den Käufer; hingegen erfolgt der Übergang des Eigentums nicht schon mit dem Abschlusse des Kaufvertrags, sondern erst mit der Tradition der Sache, mit der Übergabe an den Käufer. Für die Zwischenzeit zwischen dem Kaufabschlusse und der Tradition ist also formell der Verkäufer noch dominus, im Grunde genommen aber ist es bereits der Käufer, der wegen des periculum ein Interesse daran hat, dass die Sache unterdessen, bis er nämlich durch die Tradition selbst in die Lage versetzt wird, dies zu thun, vor Unfällen geschützt werde. Der Verkäufer muss daher, da er die Detention der Sache besitzt, diesen Schutz prästiren und zwar muss er, da er ja auch Vorteil bei dem

1) S. 139 f. 171 f.

Geschäfte hat, den Fleiss eines fleissigen Hausvaters dabei bethätigen. Dass er aber trotzdem nicht für Garantiecustodia aufzukommen braucht[1]), soll im Nachfolgenden aus den Quellen selbst heraus nachgewiesen werden.

Sehen wir vorerst von der Unterscheidung des Kaufes in einen Species- und Quantitäten- (Fungibilitäten-) Kauf ab, so sind es vorzugsweise drei Stellen, welche für die Frage, ob der Verkäufer Garantiecustodia prästire, von der grössten Wichtigkeit sind: nämlich l. 35 § 4 dig. 18,1, § 3 Instt. 3,23 und l. 14 pr. dig. 47,2. Was zunächst l. 35 cit. betrifft, so drückt sich dieselbe folgendermassen aus:

> Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emptori[2]).

Gaius sagt hier, man müsse, so oft eine verkaufte Sache vor der Tradition durch furtum verloren gehe, immer vorerst fragen, ob etwas und was von den Parteien in Betreff der custodia ausgemacht sei. Schon diese Bemerkung des Juristen weist darauf hin, dass es beim Kaufe mit der Custodiahaftung eine ganz besondere Bewandtnis haben müsse; denn es wäre sonst nicht einzusehen, warum jene Frage gerade beim Kaufe

---

1) Auch Baron erkennt wenigstens für den Specieskauf an, dass der Verkäufer nicht in dem gleichen Verhältnis wie der Speicherinhaber sich befinde, cf. a. a. O. S. 59. 62 A. 25 („der Verkäufer hat keine res aliena in Händen und auch kein Periculum zu tragen"). Nimmt man mit Brinz II, S. 696 die Entwicklung des Kaufes aus einem Realkauf (Kauf „Zug um Zug") an, so könnte für die älteste Zeit nicht einmal von Haftung des Verkäufers für Schutz der Sache die Rede sein, geschweige denn von einem mit Bezug auf die Haftung gegebenen Custodiaversprechen, so dass das Fehlen der Garantiecustodia beim Verkäufer schon hierin eine Erklärung fände.

2) Darüber, dass hier bei Angabe der zu prästirenden Aktionen die actio furti augenscheinlich von Gaius (von dem die Stelle ist) vergessen wurde, vgl. Hasse, a. a. O. S. 411.

aufgeworfen wird, obwohl sie dann auch z. B. beim Commodate ebenso berechtigt gewesen wäre. Warum führt Gaius ferner gerade das furtum an, warum sagt er nicht schlechthin „periērit"? Gilt denn in Bezug auf das furtum etwas besonderes? lauter Fragen, welche sich uns bei Betrachtung der Stelle sofort unwillkürlich aufdrängen. Hören wir den Juristen jedoch weiter! Er fährt fort: Ist nichts in Betreff der custodia vereinbart, d. h. hat der Verkäufer nicht ausdrücklich custodia versprochen, dann tritt die gesetzliche Haftung ein, welche sich bis zur diligentia eines bonus, eines diligens patf., aber auch nicht darüber hinaus erstreckt. Und gerade das Letztere fügt Gaius, obwohl es schon in der Erwähnung der Haftung für dil. dil. patf. enthalten ist, noch ausdrücklich bei, was er sich als völlig überflüssig jedenfalls erspart haben würde, hätte ihn nicht ein ganz besonderer Grund hiezu bestimmt. Jedenfalls aber muss es auffallen, dass die ausdrückliche Hervorhebung der Freiheit von der Haftung im Falle der Leistung von Diligenz nur hier und noch in der gleich zu besprechenden Institutionenstelle, also wiederum mit Beziehung auf den Kauf sich findet, während das sonst nirgends der Fall ist. Immerhin geht aus der vorliegenden Stelle das eine mit Evidenz hervor, dass der Verkäufer auch in Ansehung des Diebstahls nicht für mehr als dil. dil. patf. haftet und der Umstand, dass der Jurist Veranlassung nimmt, dies eigens zu betonen, lässt darauf schliessen, dass anderswo gerade, was den Diebstahl anlangt, etwas besonderes gelten muss. —

Die zweite noch wichtigere Stelle, nämlich § 3a Instt. 3,23 lautet:

> Quodsi fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane qui rem nondum emptori

tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione[1]).

Das erste, was hier das Augenmerk des aufmerksamen Lesers auf sich lenken muss, ist die auffällige Gleichstellung des Sklaven mit den übrigen Sachen im Hinblick auf die Haftung für subreptio. Schon die blosse Beobachtung, dass es die Institutionen für nötig halten, hervorzuheben, dass auch für die übrigen Sachen das vom Sklaven Gesagte Geltung besitze, schon diese Beobachtung drängt uns die Vermutung auf, dass diese Gleichheit nicht immer, d. h. nicht bei allen Rechtsverhältnissen stattfinde. Und in der That stimmt das auch mit dem oben im § 20 anderweitig gewonnenen Resultate, wornach der Sklave überall da, wo regelmässig Garantiecustodia schon von Gesetzes wegen zur Prästation kommt, allein von derselben ausgenommen ist. Diese Ausnahmestellung des Sklaven in Bezug auf Haftung für Garantiecustodia ist sonach beim Kaufe im Gegensatze z. B. zum Commodate Regel; hier wird, um welche Sache es sich auch in concreto handeln mag, niemals schon ex lege für Garantiecustodia eingestanden, und muss diese Haftung vielmehr immer erst durch ausdrückliches Custodiaversprechen begründet werden. Interessant ist ferner die augenscheinlich mit Absicht gemachte Zusammenstellung der actio furti und der damni iniuriae actio. Auch hier legen die Quellen offenbar blos deswegen Gewicht auf die Hervorhebung dieser Thatsache, (die sich nach dem allgemeinen Prinzip: commodum eius esse debet, cuius periculum est von selbst versteht), weil das Schicksal beider Klagen da, wo Haftung für Garantiecustodia stattfindet, wie wir oben gesehen haben, ein verschiedenes ist[2]). Wenn übrigens der Verkäufer, obwohl er nicht custodia prästirt, trotzdem die actio furti hat, so hat er sie, wie aus der Stelle selbst hervorgeht, lediglich deshalb, weil er formell noch Eigentümer ist, wie ihm ja auch die vindicatio rei und die condictio aus diesem

---

1) Vgl. hiezu die Paraphrase des Theophilus oben S. 181.

2) Vgl. S. 107 f.

Grunde zusteht[1]. — Noch mehr Licht fällt auf die Stellung des Verkäufers hinsichtlich der Haftung für custodia durch l. 14 pr. § 1 dig. 47,2:

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit; quae sententia vera est et ita et Julianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo ne[2]) custodiam venditor ante traditionem praestet. Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum,

---

1) Vgl. S. 141 A. 1. Aus dem gleichen Grunde wie der Verkäufer, hat der Ehemann während der Ehe bezüglich der Dotalsachen die actio furti und da er ebenfalls nicht custodia prästirt, so findet sich wirklich auch in Bezug auf ihn die nämliche Gleichstellung der actio furti und damni iniuriae actio in l. 18 § 1 in fine dig. 24,3.

2) So muss die Stelle, welche hier offensichtlich verdorben ist, verbessert werden. Denn ohne Negation gibt sie unter allen Umständen keinen Sinn, man mag über die Haftung des Verkäufers und über die Bedeutung, in der hier custodia gebraucht ist, eine Ansicht haben, welche man will. Hasse a. a. O. S. 413 will die überlieferte Leseart retten, indem er sagt, Ulpian unterscheide zwischen periculum casus und periculum custodiae. Sonach fasst er die fraglichen Worte des Fragmentes: et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo — praestet folgendermassen auf: Und in der That trägt der Käufer das periculum (casus), wenn der Verkäufer (wie gewöhnlich) nur custodia, also nur das (beschränktere) periculum custodiae (und nicht mehr!) vor der Tradition prästirt. Diese Auffassung verstösst jedoch direkt gegen die Grammatik. „Dummodo" heisst „wenn nur", „wofern nur" und dabei gehört das „nur" immer zu dem „wenn", nimmermehr aber kann es auf ein einzelnes Wort im Satze bezogen werden. Die Stelle kann daher, wenn man sie unkorrigirt lassen will, nur so ausgelegt werden, dass sie sagt: der Käufer trägt das periculum casus, wenn nur der Verkäufer custodia prästirt, d. h. wenn wenigstens der Verkäufer custodia prästirt. Also, custodia in dem Sinne von Hasse genommen, würde das heissen per arg. e contr.: Wenn der Verkäufer nicht wenigstens für dil. in cust^a^, d. h. wenn er blos für dil. quam suis oder gar blos für dolus aufkommen würde, dann würde den Käufer das periculum casus nicht treffen?! Aber das wäre doch dann erst recht der Fall! — Demnach sieht man: die Stelle bleibt, wenn man sie unverbessert nimmt, unverständlich, wie man sie auch drehen und wenden mag. Schon Löhr hat daher die einzig richtige Konjektur, nämlich ein „non" oder „ne" hineinzusetzen — Wörtchen, die ja doch leicht aus Versehen ausgefallen sein können — vorgeschlagen.

an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. Et Julianus libro vicensimo tertio digestorum scribit; si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subripuerit, furti actione non tenetur. Plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset.

In Übereinstimmung mit der soeben behandelten Stelle aus den Institutionen lehrt hier Ulpian zunächst, dass der Käufer die actio furti vor der Tradition nicht habe, weil sie noch („adhuc“) beim Verkäufer sei[1]. Aber der letztere muss die actio furti, sowie die ausserdem durch das furtum erzeugten Ansprüche (rei vindicatio und condictio furtiva) dem Käufer cediren[2], beziehungsweise das, was er bereits durch diese Rechtsmittel erlangt hat, an denselben herausgeben. So Celsus und mit ihm Julian. Aber, frägt sich Ulpian, nachdem er die Ansicht dieser beiden Juristen referirt hat, trägt denn wirklich im Falle eines furtum der Käufer die Gefahr, was doch sein muss, indem sonst kein Grund dafür vorhanden wäre, weshalb die Ansprüche auf ihn übergingen. Und allerdings, fügt er in Beantwortung dieser Frage bei, trägt der Käufer auch in Ansehung des Diebstahls das periculum casus, woferne nur nicht, d. h. es müsste denn sein, dass der Verkäufer custodia prästirt, für welchen Fall das periculum casus[3] dann freilich den venditor trifft, weil er hiedurch zu denjenigen gehört[4], quorum periculo res (alienae) sunt[5]. Im Einklang hiemit sagt die vorbesprochene Institutionenstelle[6],

1) Dass sie aber noch beim Verkäufer sei, hat darin seinen Grund, dass er noch formell Eigentümer ist: quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est (§ 3a Instt. 3,23).

2) Und zwar, wie das „mandare“ zeigt, zur Zeit des Celsus, dessen Ansicht Ulpian referirt, in der damals noch allein möglichen Art eines mandatum ad agendum.

3) Vgl. § 3a Instt. 3,23: sane enim, si (!) susceperit (custodiam), ad ipsius (venditoris) periculum is casus (d. i. wenn die Sache ohne Schuld des Verkäufers gestohlen worden ist) pertinet.

4) Wenigstens in Bezug auf Detentionsverluste.

5) Cf. l. 14 § 16 dig. 47,2.

6) Vgl. auch l. 35 § 4 dig. 18,1.

dass der custodia prästirende Verkäufer das periculum casus trage, dass derselbe aber blos dann custodia prästire, wenn er ein ausdrückliches Versprechen gegeben hat. Ist das letztere der Fall, dann kann es beim gewöhnlichen Diebstahl zu einer Cession der actiones gar nicht kommen, weil der venditor hiefür unbedingt haftet, er hat vielmehr ohne weiteres res zu prästiren und wenn er auch ein duplum aus der actio furti vom Diebe erlangt hat, so darf er das behalten. Nun ist es freilich, obwohl der Verkäufer ex lege nicht custodia prästirt, Regel, dass er den Ertrag aus der actio furti behält, weil er ja wegen der besonderen Natur des Diebstahls regelmässig in Schuld sein und deshalb haften wird[1]. Jedoch ist hier seine Liberirung von der Klage wegen Schuldlosigkeit nicht ausgeschlossen, und mithin die Möglichkeit gegeben, dass es zur Klagencession kommt[2]. —

Der Gedankengang in der nun folgenden mit „adeo" beginnenden Auseinandersetzung Ulpians ist dieser. Obwohl materiell Eigentümer, wird der Käufer in Ansehung der Kompetenz zur actio furti doch so sehr nicht als Eigentümer angesehen, dass sogar die Frage auftauchte, ob er nicht, wenn er die Sache dem Verkäufer heimlich entwende, von diesem (als dem Eigentümer) mit der actio furti belangt werden könne, was ja, wenn der Eigentümer seine Sache entwendet, sonst nicht der Fall ist und zwar selbst dann nicht, wenn ihm derjenige, dem er sie entwendet, für Garantiecustodia aufkommt[3]. Aber das wäre doch die Formalität auf die Spitze getrieben und entschied daher schon Julian ganz den materiellen Verhältnissen angemessen, dass der Käufer in diesem Falle der actio furti des Verkäufers nicht unterliege, und zwar auch dann nicht (wo man es noch am ehesten rechtfertigen könnte), wenn der Verkäufer custodia prästiren musste. (Nebenbei bemerkt,

---

1) Weil er eben immerhin für dil. dil. patf. in cust^{o} aufkommt.

2) Das soeben Gesagte ist mit klaren Worten in l. 21 in fine dig. 18,4 ausgesprochen: et si . . . . . propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam (tamen?) si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque.

3) Cf. l. 15 § 2 dig. 47,2.

zeigt doch das „oportebat“ wieder so deutlich als möglich, dass der venditor für gewöhnlich nicht für custodia einsteht, indem es andernfalls offenbar „oportet“ heissen müsste und zweifellos auch heissen würde.) Man muss eben, selbst wenn der Verkäufer custodia prästirt, bedenken, dass diese strenge Haftung dann, wenn der Käufer der Dieb ist, ebensowenig von materiellem Nachteile für den haftenden Verkäufer ist, wie für den haftenden Commodatar, wenn der Eigentümer die geliehene Sache entwendet[1]). Andererseits ist überhaupt dabei in Betracht zu ziehen, dass dem Käufer, wenn er auch noch nicht Eigentümer ist, doch die Sache bereits gehört und er also nicht als Dieb behandelt werden kann, wenn er das, was ihm ohnehin gebührt, heimlich abholt. Etwas anderes ist es allerdings dann, wenn der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, dann liegt die Sache gerade so, als wie beim Commodate, wenn der Commodatar einen Aufwand auf die geliehene Sache gemacht hat[2]).

Fassen wir schliesslich das Resultat, das aus den im Vorausgehenden betrachteten drei wichtigen Stellen sich ergibt, noch einmal zusammen, so steht unzweifelhaft fest, dass der Verkäufer von besonderem Geding abgesehen nicht für Garantiecustodia aufkommt[3]), so dass die oben über

---

1) Cf. l. 15 § 2 cit: quia nihil tua interesset, utpote nec commodati tenearis.

2) Cf. l. 15 § 2 in fine cit.

3) Wenn es in den Basiliken LX, tit. 12 (14) heisst: nam ante traditionem periculum est emptoris, custodia venditoris, so kann unter custodia nur die custodia im gewöhnlichen Sinne gemeint sein, und da die Stelle allgemein, d. h. nicht mit besonderer Beziehung auf Detentionsverluste spricht, ist dies sogar von vorneherein anzunehmen. Dass der Verkäufer custodia i. g. S. prästirt, steht natürlich ausser Zweifel, ebenso dass der emtor das periculum casus trägt. Ebenso spricht l. 31 pr. dig. 19,1 augenscheinlich von dieser custodia, wenn sie sagt: custodia adversus vim parum proficit, wie auch schon aus dem unmittelbar vorausgehenden „custodire“ hervorgeht (vgl. über diese Stelle oben S. 36). Da der Verkäufer nicht für Garantiecustodia einsteht, liegt es beim Vorhandensein einer vis allerdings näher (propius), dass der venditor ohne Schuld ist und deshalb nur die Klagen zu cediren braucht. Würde er dagegen Garantiecustodia prästiren, so wäre er der Regel nach für die gewaltsame Wegnahme haftbar und nur ausnahmsweise, wenn sich die vis als vis maior charakterisiren würde, bräuchte er nicht mehr zu thun, als die Klagen zu cediren. Wir sehen: auch aus l. 31

die Entstehung der Custodiahaftung aufgestellte Theorie sich auch hier wieder durch die Quellen selbst bewährt erweist. Steht aber fest, dass der Verkäufer erst durch ausdrückliche custodiae susceptio die gleiche Stellung bezüglich der Haftung für Detentionsverluste erlangt, wie diejenigen, welche schon ex lege Garantiecustodia prästiren, dann ist zugleich ein unwiderleglicher Beweis dafür geliefert, dass der Commodatar, wie die anderen für custodia haftenden Schuldner unbedingt für Diebstahl haften, gerade so, wie dies beim Verkäufer, der ausdrücklich custodia auf sich genommen hat, nach dem unzweideutigen Zeugnis des § 3a Instt. 3,23 der Fall ist. —

Prästirt sonach der Verkäufer gesetzlich nicht Garantiecustodia, so scheint doch thatsächlich die Haftung für custodia beim Verkäufer sehr häufig zur Anwendung gekommen zu sein, indem sie besonders bei wichtigeren Sachen durch die Parteien selbst constituirt wurde, und zwar schliessen wir dies einerseits daraus, dass in allen 3 behandelten Stellen der Fall, wo der Verkäufer für custodia aufkommt, ausdrückliche Berücksichtigung findet, andererseits aber daraus, dass beim Kaufe, wie bereits hervorgehoben[1]), die Verhältnisse für das Vorkommen des Custodiaversprechens gleich günstige sind, wie z. B. für die Miete und dass überhaupt der Herausbildung einer gesetzlichen Haftung beim Kaufe lediglich das Fehlen eines äusseren Anhaltspunktes (der Detentionsübergabe bezw. Detentionsübernahme) hindernd im Wege stand[2]). —

Schon die allgemeine Fassung der bisher betrachteten Fragmente dürfte darauf hinweisen, dass die römischen Juristen in Bezug auf die Haftung für Garantiecustodia keinen Unterschied zwischen Species- und Quantitätenkauf gemacht haben.

---

cit. lässt sich ein Beweis dafür entnehmen, dass der Verkäufer nicht für custodia aufkommt. — Auch in l. 3 dig. 18,6 ist von der custodia im gewöhnlichen Sinne die Rede, wie schon die Bestimmung der zu prästirenden Qualität („talem custodiam") als diligentia, wie sie vom Commodatar verlangt wird, zur Genüge zeigt.

1) S. 169 f.

2) Cf. S. 171 f.

Sollte Gaius in l. 35 § 4 cit. vergessen haben, zu erwähnen, dass es betreffs des Kaufes von Fungibilien anders zu halten sei mit der custodia, obschon er unmittelbar darauf im § 5 eod. auf denselben zu sprechen kommt und gerade er es ist, der in l. 2 § 1 dig. 18,6 die Haftung für technische custodia beim Quantitätenkauf statuiren würde? Wie könnte ferner Tribonian in § 3a Instt. 3,23 sagen, dass das gleiche (wie beim Sklaven) bei den übrigen Sachen gelte, wenn dies bezüglich der Fungibilien nicht zutreffen würde? — Da aber die Haftung für technische custodia bei Fungibilien selbst von Baron[1]) angenommen wird, welcher sie allgemein für den Verkäufer leugnet, so dürfte es angezeigt sein, die von der Haftung des Fungibilienverkäufers handelnden Stellen einer näheren Betrachtung zu unterziehen, zumal da sich dabei mehrere interessante Bemerkungen ergeben werden[2]).

Ausgehend von l. 8 pr. dig. 18,6 beachten wir mit Paulus, dass der Kauf erst dann perfekt ist und daher erst dann die Gefahr auf den Käufer übergeht, wenn bekannt ist bezüglich des verkauften Gegenstandes: quid, quale, quantum sit. Diese drei Punkte sind nun beim Specieskauf in dem einen des quid enthalten; das quale und quantum ist hier mit der Individualität des Gegenstandes selbst gegeben. Wichtig jedoch werden die zwei letzteren Punkte beim Verkaufe von Fungibilien, von res, quae pondere numero mensurave constant. Dabei sind besonders zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Es wird in Bausch und Bogen gekauft, es ist res in aversione empta, d. h. es wird ein Inbegriff von Fungibilien, oberflächlich nach gewissen äusseren Merkmalen abgegrenzt und bestimmt gegen einen Gesamtpreis gekauft, z. B. aller Wein, der sich in einem bestimmt abgegrenzten Raum befindet, quantumcunque esset[3]). Quid und quale ist hier bestimmt und

---

[1]) a. a. O. S. 62 f.

[2]) Vgl. zum Folgenden überhaupt: Regelsberger, Arch. f. civilistische Praxis XLIX. 8. Krit. Viertel-Jahresschrift XIII pag. 96 ff., ferner Wächter, Arch. f. civil. Praxis Bd. XV. pag. 107 ff.

[3]) Cf. l. 35 § 5 dig. 18,1; l. 2 Cod. 4,48. l. 4 §§ 1, 2 dig. 18,6.

von einer näheren Bestimmung des quantum soll „abgesehen" werden (aversio). Diese Kaufart wird daher vollständig dem Specieskauf gleichgestellt[1]) und hat nichts besonderes[2]).

2. Der Kauf nach Mass, Zahl und Gewicht, wobei wieder unterschieden wird

a) Genuskauf und

b) der eigentliche Kauf nach Mass, emtio ad mensuram, welchen Regelsberger passend „Specieskauf mit Quantitätenpreis" genannt hat.

Untersuchen wir die beiden letztgenannten Arten des Kaufes auf das quid, quale und quantum, so findet sich, dass

ad a) beim Genuskauf wohl das quale und quantum, aber nicht das quid zur Zeit des Kaufabschlusses bestimmt ist. Ich bestelle 1 Hektoliter Rüdesheimer von 1884; hier ist das quantum bestimmt (1 hl) und das quale durch den Zusatz des Ortes und des Jahres; ich will eben Wein von solcher Qualität, welche er an dem bezeichneten Orte in dem bezeichneten Jahrgange erreicht hat. Hier wird, da das quid vorerst noch unbestimmt bleibt, der Kauf jedenfalls erst perfekt mit der Individualisirung, mit der Ausscheidung, zum mindesten also erst, nachdem der Wein in ein für mich bestimmtes Hektoliterfass abgezogen worden ist[3]). Es kommt aber dabei in Betracht, dass die Römer Lieferungsgeschäfte in der Art, wie wir, nicht kannten; bei ihnen war es Regel, dass der Käufer den Wein selbst abholte beim Verkäufer (auch wenn es sich um grössere Quantitäten handelte) und noch dazu zumeist gleich die Ge-

---

1) l. 35 § 5 cit: idem iuris est, quod in ceteris rebus.

2) Es geht also hier, wie beim Specieskauf das periculum sofort auf den Käufer über und der Verkäufer prästirt blos custodia i. g. S. und zwar dil. in cust°: cf. l. 4 § 1 dig. 18,6: si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Mit der Abholung (traditio) erlischt dann selbstverständlich auch die Haftung des Verkäufers für custodia: vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus (l. 4 cit. § 2). — Das Gleiche, was von dieser Kaufart, gilt um so mehr dann, wenn die fungible Natur der gekauften Sache überhaupt nicht hervortritt, so wenn von Anfang an bestimmte Fässer Wein als solche gekauft werden: cf. l. 1 § 1 in fine dig. h. t.

3) Nach der Lieferungstheorie sogar unter Umständen noch später.

fässe, in welche der Wein umgeleert werden sollte, mitbrachte[1]).

Was dann ad b) den Kauf nach Mass im eigentlichen Sinne (zum Unterschied vom Kauf eines Masses, dem soeben besprochenen Genuskaufe) anlangt, so besteht derselbe darin, dass, wie bei der res in aversione empta ein räumlich abgegrenzter Vorrat gleichartiger Sachen in seiner Gesamtheit gekauft wird, wobei jedoch der Preis nach dem Masse (der Zahl oder dem Gewichte) des verkauften Vorrates, nicht im Ganzen festgesetzt ist[2]). Hier ist wohl von vornherein das quid sicher, auch das quale, insofern beim Kaufabschlusse eine degustatio stattfindet[3]). Aber, was nicht bestimmt ist, ist das quantum, welches erst durch die admensio festgestellt wird. Naturgemäss ist auch das pretium bis zur Zumessung ein unbestimmtes, indem dasselbe bei Eingehung des Kaufes blos für die Masseinheit vereinbart wird und daher der im Ganzen zu zahlende Preis sich erst bestimmen lässt, wenn durch die admensio eruirt ist, quantum ematur[4]). Der Kauf wird also auch im vorliegenden Falle nicht eher perfekt, als bis zugemessen wird; er ist vielmehr quasi sub condicione abgeschlossen, nämlich unter der Bedingung, dass der Kaufvertrag für jede einzelne sich bei der Zumessung ergebende Masseinheit im Momente der Zumessung perfekt werden soll, so dass die zwar ursprünglich vorhandenen, jedoch vor der admensio verloren gegangenen Masseinheiten, da sie nicht mehr zur Zumessung gelangen, als von jeher nicht durch den Kaufvertrag ergriffen betrachtet werden[5]). Der Zeitpunkt der Zumessung und der der Tradition war auch

---

1) Vgl. vinum avehere: l. 4 § 2 dig. 18,6: evacuare: l. 1 § 4 eod.; tollere: l. 16 (15) eod. u. a. m. Es fiel somit Ausscheidung und Lieferung zusammen (admetiri und tradere cf. einerseits l. 35 § 7 dig. 18,1; l. 1 § 1 l. 5 dig. 18,6 und andererseits l. 2 Cod. 4,48), weshalb die römischen Juristen die von den Neueren so sehr ventilirte Controverse zwischen der sogenannten Ausscheidungs- und Lieferungstheorie gar nicht erwähnen.

2) Vgl. Regelsberger, Archiv f. civil. Praxis S. 184.

3) Vgl. Regelsberger, Krit. V.-Jahresschrift S. 109.

4) l. 34 § 5 dig. 18,1.

5) Cf. l. 35 § 5 dig. 18,1.

hier regelmässig derselbe, indem z. B. der Wein sogleich in die vom Käufer mitgebrachten Gefässe hineingemessen wurde. —

Genuskauf wie Kauf nach Mass werden sonach, wie wir gesehen haben, durch die Zumessung sowohl was Gefahr als auch was Haftung anlangt dem Kaufe einer Species gleichgestellt, indem hier der Kauf erst durch die admensio perfekt wird, während dies beim Kaufe einer individuell bestimmten Sache von Anfang an der Fall ist. Es ist daher klar, dass von diesem Zeitpunkte an der Käufer jede Gefahr trägt, dass ihm aber der Verkäufer, falls die Tradition erst später erfolgen sollte, bis dahin, wie überhaupt für Diligenz, so insbesondere für dil. in custodiendo haftet[1]). Weit interessanter aber gestaltet sich die Frage, wenn man das zwischen den vertragschliessenden Parteien vor dem dies mensurae bestehende Rechtsverhältnis ins Auge fasst. Dabei ist zunächst zwischen dem Genuskauf und dem Kauf nach Mass zu unterscheiden. Ist nämlich der Genuskauf wirklich nur nach dem Genus bestimmt, so kann man überhaupt von Gefahr (des Untergangs und der Verschlechterung) blos insofern sprechen, als der Verkäufer bereits zur Zeit der Eingehung des Kaufes bestimmte in seinem Eigentum befindliche Vorräte desselben Genus zur Erfüllung des Vertrages zu verwenden beabsichtigte. Da ferner eine Unmöglichkeit der Leistung bei einer schlechthin generell bestimmten Sache nicht wohl vorkommen kann, so kommt auch die Haftung für custodia in diesem Falle nicht in Betracht. Anders liegt die Sache da, wo zwar ebenfalls blos generell gekauft ist, aber wenigstens der Kreis der Sachen, aus welchem das zu Leistende hergenommen werden soll, individuell bestimmt ist, so wenn z. B. so und so viel Liter Wein aus einem eine weit grössere Quantität enthaltenden Lagerfass gekauft sind. Allerdings trägt auch hier nach dem ausdrücklichen Zeugnisse der l. 35 § 7 dig. 18,1 der Verkäufer alle Gefahr,

---

[1]) arg. l. 3 dig. 18,6.

also sowohl die des Untergangs wie die der Verschlechterung[1]; aber andererseits kann es sich sehr wohl noch dazu um Haftung handeln, so dass der Verkäufer zu dem, dass er keinen Kaufpreis bekommt, dem Käufer das Interesse an der (unmöglich gewordenen) Vertragserfüllung prästiren muss. So wenn in dem angezogenen Beispiele das ganze Lagerfass zu Grunde geht, und der Käufer ein Interesse nachzuweisen im Stande ist, gerade aus diesem Lagerfasse Wein zu erhalten. Denn, wenn der Kauf auch bis zur Zumessung nicht perfekt ist, so wirkt er doch bereits soweit, dass der Käufer berechtigt ist, vom Verkäufer rechtzeitige und richtige Lieferung zu erwarten. Ist daher der letztere durch schuldhaftes Verhalten ausser Stande, zu erfüllen, so kann ihn der Umstand, dass das periculum noch nicht auf den Käufer übergegangen war, von seiner Haftung auf das Interesse nicht befreien. Das soeben Gesagte gilt auch für den Kauf nach Mass und es ist daher, was die Haftung betrifft, ziemlich gleichgiltig, ob man der Ansicht ist, dass bei der emtio ad mensuram, wie beim Genuskaufe omne periculum oder wie beim bedingten Kaufe lediglich die Gefahr des Untergangs, nicht aber die der Verschlechterung vor der Zumessung noch vom Verkäufer getragen werde[2]). Jedenfalls kann es sich hier gerade so wie dort nicht blos darum fragen, ob der Verkäufer die Gefahr trage oder nicht, sondern auch darum, ob der Verkäufer dem Käufer noch ausserdem zur Prästation des Interesses verpflichtet sei. Ein Beispiel möge dies veranschaulichen, welches in l. 11 (l. 10 § 1) dig. 18,6 vorgetragen ist:

> Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit.

---

1) Die citirte Stelle sagt: Sed etsi ex dolеario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, utrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.

2) Vgl. über die diesbezügliche Streitfrage Windscheid, Pand. § 390c A. 14 und die dort aufgeführten Schriftsteller.

Der Käufer soll nach dieser Stelle nicht gegen den Verkäufer auf Interesseprästation klagen können d. h. nicht mit Erfolg klagen können, wenn von einem nach Mass gekauften Grundstück durch Überschwemmung, Erdriss oder einen sonstigen nicht vertretbaren Unfall ein Teil desselben zu Grunde gegangen ist vor der Zumessung. Vom periculum wird gar nichts erwähnt, weil es als selbstverständlich angenommen wird, dass dies der Verkäufer trage. Denn der Verkäufer bekommt eben sovielmal weniger Kaufpreis, als sich bei der Ausmessung weniger Masseinheiten vorfinden, da ja nach Mass verkauft ist, wodurch der wie immer eingetretene Schaden ganz von selbst auf dem Verkäufer sitzen bleibt. Für unsere Stelle kommt daher lediglich die Frage in Betracht, ob der Verkäufer, abgesehen davon, dass er weniger Kaufpreis erhält, auch noch dem Käufer dafür aufzukommen habe, dass derselbe sich jetzt mit einem um so viel kleineren fundus begnügen muss. Und man kann nicht etwa sagen, dass der Käufer von Anfang an auf Leistung des Interesses dadurch verzichtet habe, dass er es bei Abschluss des Vertrages unterliess, das quantum des fundus näher zu bestimmen. Dies würde allenfalls bei unbedeutenderen Abgängen zutreffen, nimmermehr aber dann, wenn diese Abgänge dem blossen Auge also ohne besondere Messung erkennbar sind. Denn vielleicht hatte der Käufer z. B. auf dem gekauften Grundstücke eine Fabrikanlage errichten wollen, die gerade ungefähr so viele Quadratmeter Fläche beansprucht, als der Käufer nach seinem Augenmass oder oberflächlicher Messung das Grundstück schätzte und jetzt ist durch das chasma oder durch die inundatio diese Anlage unmöglich geworden, weil der fundus hiefür viel zu klein ist. Dadurch kann aber der Käufer ganz erheblich in seinem Interesse geschädigt sein. In dem von der l. 11 cit. besprochenen Fall wird es freilich zu keiner Interesseprästation des Verkäufers kommen können (und das will eben die Stelle hervorheben) und zwar deshalb, weil derselbe jedenfalls nur für Schuld verantwortlich gemacht werden kann, welche bei einer Überschwemmung oder bei einem Erdriss wohl nicht denkbar ist. —

Aus dem Gesagten geht zur Genüge hervor, dass sowohl beim Genuskaufe als auch beim Kauf nach Mass vor dem Tage der Zumessung nicht blos die Gefahr vom Verkäufer getragen wird, sondern dass daneben auch noch die Haftung des Verkäufers in Frage kommt, insbesondere die Haftung für custodia, wie dies l. 1 dig. 18,6 direkt ausspricht, wenn sie, vor wie nachher vom periculum des Verkäufers handelnd, in § 1 die Zwischenbemerkung fallen lässt: Sed et (!) custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet[1]). So sehr es aber den Römern gegründet erschien, selbst vor der Zumessung prinzipiell eine Haftung des Verkäufers anzuerkennen, so war man doch, wie es scheint, darüber im Zweifel, ob der Verkäufer nach Mass, Zahl und Gewicht gleich den Verkäufern einer species für diligentia dil. patf. einstehen solle, nachdem man andererseits sogar zugeben müsse, dass ante mensuram prope quasi nondum venit. Dieser Frage tritt Gaius in l. 2 § 1 dig. 18,6 näher und entscheidet sich dafür, dass der Verkäufer vor der Zumessung nicht blos für dolus, sondern dass er für plena custodia aufkomme und so diligentia in custo. prästire, wie der Verkäufer

---

1) Die angezogene Stelle verursachte von jeher deswegen Schwierigkeit, weil sie unmittelbar nach den im Text citirten Worten fortfährt: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, was man als am nächsten liegend als Begründung („enim") des vorausgehenden Satzes auffassen zu sollen glaubte. Nun hätte aber der Umstand, dass vor der Zumessung fast noch nicht verkauft sei, wohl eher dafür angeführt werden können, dass der Verkäufer nicht hafte, jedenfalls aber nicht dafür, dass er für custodia aufkomme; denn wo nicht verkauft ist, besteht auch keine Haftung. Vgl. darüber Hasse a. a. O. S. 452, 454. Pernice Labeo II, 359 A. 53, welch letzterer Ulpian eine klägliche Auseinandersetzung zum Vorwurfe macht, indem er custodia und periculum durcheinanderwerfe. Ich glaube jedoch, dass die Sache nicht so schlimm ist; denn es ist immerhin sehr leicht möglich, dass zwischen den beiden Sätzen etwas ausgefallen ist; aber auch ausserdem dürfte es nicht allzu hart erscheinen, wie im Texte geschehen, den die custodia erwähnenden Satz als gelegentliche Parenthese zu betrachten, so dass das priusquam enim admetiatur etc. als Begründung für das periculum venditoris zu nehmen ist, wie denn auch die Stelle nicht mehr weiter von der custodia Notiz nimmt, sondern sofort zum Raisonnement über das periculum venditoris zurückkehrt.

einer individuell bestimmten Sache[1]). Wenn Baron, wie erwähnt, in diesem Ausspruche des Gaius den Beweis dafür erblicken will, dass der Verkäufer nach Mass, Zahl und Gewicht für technische custodia i. s. S. haftet, so steht dem meines Ermessens schon die von Gaius in der Frage berührte Alternative des dolus im Wege. Ferner dürfte man eine ausdrückliche Konstatirung, dass die Haftung hier sogar über dil. diligentis patf. hinausgehe nur schwer vermissen, wenn man beachtet, dass dann beim Specieskauf die Haftung eine niedriger gestellte wäre. Auch würden wir uns vergeblich nach der ratio legis umsehen, warum der Verkäufer nach Mass, Zahl und Gewicht noch dazu vor der Zumessung, wo der Kauf noch gar nicht perfekt ist, strenger haften sollte, als der Verkäufer einer Species, der nicht einmal mehr das periculum zu tragen braucht. Und so oft der Käufer die Sache nach der Zumessung noch beim Verkäufer lassen würde, hätte man das eigentümliche Resultat, dass der Verkäufer durch die Zumessung, also gerade durch die Perfektion des Kaufvertrages, seine Haftung gemindert hätte, indem er doch nach der Individualisirung nicht für mehr haftbar gemacht werden könnte, als der Verkäufer einer von Anfang an individuell bestimmten Sache, dem er ja nach der Zumessung vollkommen gleichsteht. Nach unserer Auffassung von der custodia im technischen Sinne aber steht auch für den Verkäufer von Fungibilien in gleicher Weise wie für den Verkäufer überhaupt fest, dass derselbe schon nach der geschichtlichen Entstehung der Garantiecustodia für dieselbe ohne spezielles Versprechen unmöglich haften kann und sowohl l. 2 § 1 cit. wie die unmittelbar folgende l. 3 dienen uns in dieser Beziehung nur zur Bestätigung, da beide Stellen offenbar von der custodia im gewöhnlichen Sinne sprechen[2]).

---

1) Vgl. die unmittelbar hinter l. 2 § 1 cit. von den Compilatoren eingereihte, allgemein von der Haftung des Verkäufers sprechende l. 3 von Paulus. Über den Ausdruck „plena custodia" vgl. oben S. 76 und über die Erwähnung der vis magna (damnum fatale) vgl. unten Abschnitt IV.

2) wie insbesondere bezüglich des l. 2 § 1 cit. aus der Frage nach der Qualität der custodia, aus dem Zusatze „plena" und der Erwähnung der Diligenz zweifellos hervorgeht.

Anhangsweise möge noch eine Stelle Besprechung finden, welche bereits mehrfach den Gegenstand von Erörterungen gebildet hat, weil man bei ihrer Auslegung auf Schwierigkeiten zu stossen vermeinte, die aber in der That nicht vorhanden sind. In l. 15 (14) § 1 dig. 18,6 lehrt nämlich Paulus bezw. Alfenus folgendes:

> Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Schon allein die Erwähnung der signatio am Schlusse der Stelle deutet darauf hin, dass der species facti ein Genuskauf zu Grunde liegt, zumal da gerade der erwähnte Kaufsgegenstand (Bauholz) sehr häufig in dieser Art verkauft wird. Geht man aber von einem Genuskauf aus, so begegnen uns keinerlei Schwierigkeiten, vielmehr enthält die Stelle, gleich so vielen andern in diesem Titel, den unbezweifelten Satz, dass beim Genuskauf der Verkäufer bis zur Individualisirung des Leistungsgegenstandes, welche bei Bauholz durch signatio geschieht, die Gefahr trägt. Da nun, wie die admensio, so auch die signatio meistenteils mit der Tradition der Zeit nach zusammenfiel, spricht der Jurist direkt von traditio statt signatio, vergisst jedoch dabei nicht, darauf aufmerksam zu machen, dass, was das periculum anlangt, die Balken schon dann als tradirt zu betrachten seien, wenn sie der Käufer bezeichnet habe[1]), nämlich für den Fall, dass einmal signatio und wirkliche traditio zeitlich auseinanderlägen. Weil es aber wie gesagt Regel war, dass auf die signatio sofort die traditio folgte, so bildete der Genuskauf (wie auch der Kauf nach Mass) eine Ausnahme von dem sonst geltenden Satz, dass die Gefahr nicht erst mit der Tradition übergehe und dies hat wohl Paulus be-

---

1) Warum nach Pernice a. a. O. II, 357 A. 46 die Gleichstellung der Tradition und Signation in Bezug auf den Übergang der Gefahr zum Genuskauf nicht passen soll, kann ich nicht einsehen; natürlich von einer durch signatio herbeigeführten wirklichen d. h. Eigentum übertragenden Tradition weiss die Stelle nichts. Nur in Beziehung auf die Frage nach dem periculum erscheint (cf. „videri") die signatio bereits als traditio.

wogen, direkt von Tradition zu reden, wo er genauer von Signation hätte sprechen sollen. Indem sonach lediglich von der Gefahr, nicht aber von der Haftung des Verkäufers gehandelt wird, ist die Stelle für die Custodiafrage, obwohl zufällig Verlust durch Diebstahl vorausgesetzt wird, völlig belanglos[1]). —

IV. Abschnitt.

Vis maior in ihrem Verhältnis zur custodia[2]).

§ 32.

Casus und vis maior.

Jeder Unfall, welcher eine Sache trifft, charakterisirt sich als Wirkung einer Ursache, einer causa efficiens. Diese bewirkende Ursache aber erscheint, insofern sie aggressiv auftritt, der Natur der Sache nach immer als Gewalt, als

1) Wollte man dagegen, wie dies unter andern Pernice thut, den Ausspruch des Paulus auf einen Specieskauf beziehen, so müsste man denselben, damit er nicht im direkten Widerspruche mit so vielen anderen unbezweifelten Stellen stünde, dahin verstehen, dass der Verkäufer unbedingt für Diebstahl hafte bis zur Tradition, so dass, obwohl auch in Bezug auf Diebstahl die Gefahr schon mit dem Kaufabschlusse auf den Käufer übergeht, doch in der That der Verkäufer das periculum trägt, weil er eben unter allen Umständen aufkommen muss. Diese Annahme wird jedoch ganz und gar unmöglich dadurch, dass die signatio der traditio hinsichtlich des Gefahrübergangs gleichgestellt wird: denn in Ansehung des Aufhörens der Haftung des Verkäufers ist und bleibt eine solche Fiktion undenkbar, wie sie denn auch in l. 1 § 2 h. t., welche augenscheinlich im Anschluss an die letzten Worte des § 1 eod. vom Specieskauf spricht, ausdrücklich zurückgewiesen wird. Der Verkäufer muss solange haften, als er die Sache in seiner Detention hat, auch wenn sie schon vom Käufer bezeichnet ist; denn sonst wäre dieselbe ja für die Zwischenzeit schutzlos gestellt, was den oben (Abschnitt I) behandelten Grundsätzen der Custodiahaftung zuwiderlaufen würde.

2) Wie schon der Titel sagt, soll in diesem Abschnitte nicht von vis maior überhaupt gehandelt werden, sondern blos insoweit, als der Begriff derselben in der Lehre von der Haftung Verwendung findet. — Vgl. übrigens zu diesem Abschnitte einerseits Adolf Exner: „Über den Begriff der höheren Gewalt"; Heinrich Hafner: „Über den Begriff der höheren Gewalt im deutschen

vis, welche sich in der Richtung gegen ein Objekt oder eine Gesamtheit von solchen in Bewegung setzt[1]). In diesem Sinne ist z. B. auch die vom Diebe ausgehende, von seinem verbrecherischen Willen getragene Aktion eine vis, welche fremdem Besitz feindlich gegenübertritt. Wird in einem einzelnen Falle eine solche vis thätig, erfolgt also ein impetus auf eine spezielle Sache[2]), so ist hierin zwar immer eine Gefahr für die letztere begründet, soferne die betreffende Ursache überhaupt eine schädliche Wirkung äussern kann, aber der Eintritt der schädlichen Wirkung selbst hängt noch davon ab, dass nicht Umstände vorhanden sind, welche dieselbe vereiteln. Es können nämlich der angreifenden Gewalt Hindernisse sich entgegenstellen, deren Widerstand dieselbe nicht zu überwinden vermag, so dass thatsächlich kein Unfall eintritt, obwohl ein Angriff auf die betreffende Sache erfolgt ist. Damit sich also wirklich ein Unfall ereignet, müssen immer zwei Voraussetzungen statthaben: 1. der Angriff einer wie immer beschaffenen feindlichen Gewalt auf eine bestimmte Sache und 2. das Fehlen eines die Wirkung dieser Gewalt hemmenden Widerstandes. Es ist dies der objektive Thatbestand eines jeden Unfalls.

Handelt es sich nun aber um die Frage, ob eine Person für den Unfall einer Sache haftet, so muss wegen der persön-

---

Transportrecht", Zürich 1886 und andrerseits Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. III S. 58 ff., Bd. XVI S. 324 ff.; Hermann Huber: „Zum Begriff der höheren Gewalt". Besenbürgen (Kanton Aargau). Ohne Jahreszahl. Ferner auch Dernburg: „Über den Begriff der höheren Gewalt" in Grünhuts Zeitschrift Bd. XI S. 337 ff.

1) Vgl. hiezu Stellen, wie l. 24 §§ 3, 4 dig. 39,2: vi fluminis, violentia ventorum, fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae, incendii aut terrae motus vim; l. 59 dig. 19,2: vi naturali; l. 5 Cod. 4, 48; § 3 Instt. 3, 23; l. 15 § 2 dig. 19,2 u. a. m. Allerdings muss zugegeben werden, dass der Ausdruck „vis" in den Quellen zumeist eine intensive Bedeutung hat und daher von vis meistenteils da gesprochen wird, wo die beregte causa efficiens sich durch eine gewisse Intensität auszeichnet.

2) Cf. l. 2 dig. 4, 2. Die Definition der vis selbst, welche diese Stelle gibt, wornach blos der impetus maioris rei, qui repelli non potest als vis erscheint, ist nichts weiter als eine Auslegung des im Edikt enthaltenen: „quod vi metusve causa" und kann daher als eine allgemein giltige und speziell für unsere Frage verwertbare Definition der vis nicht angesehen werden.

lichen Natur der Haftung selbstverständlich zu dem objektiven Vorliegen des Unfalles noch ein weiteres subjektives Moment hinzukommen: Der objektive Thatbestand des Unfalls muss in einer gewissen Beziehung zu der betreffenden Person stehen d. h. der Unfall muss ihr zugerechnet werden können. Da ferner für die Zurechnung im römischen Rechte das Princip der Schuld (culpa) massgebend ist[1]), so folgt hieraus, dass Haftung überall da stattfindet, wo auch nur eines der beiden objektiven Thatbestandsmomente auf einem (subjektiven) Verschulden beruht, und casus d. i. ein nicht vertretbarer Unfall erst dann vorliegt, wenn der in Frage stehenden Person keinerlei culpa zur Last fällt. Sonach ist die Frage, ob ein schädigendes Ereignis casus sei oder nicht, identisch mit der Frage nach Schuld. Ob aber Schuld vorhanden ist, welche mit dem eingetretenen Unfall in Causalzusammenhang steht, das ist eine Frage, welche nur für jeden einzelnen Fall d. i. in concreto beantwortet werden kann; denn die Schuld ist ein subjektives Moment, sie ist das vom Rechte verpönte Verhalten einer Person in einem bestimmten Falle. An und

---

1) Wie wir bereits gesehen haben, ist der Begriff der materiellen Verschuldung (culpa) vom römischen Rechte als Haftungsprinzip anerkannt und zwar dergestalt, dass die Juristen sogar kein Bedenken tragen, die Sache umzukehren und überall da, wo eine gesetzliche Haftung stattfindet, von culpa zu sprechen und zwar selbst dann noch, wenn materiell über culpa hinaus gehaftet wird. Andererseits sind sie aus dem gleichen Grunde geneigt, überall von casus zu reden, wo nicht gehaftet wird, obwohl vielleicht materielle culpa vorhanden ist. So wird die Garantiecustodia unter dem formellen Culpabegriff subsumirt, soferne eben und weil für sie von Gesetzes wegen eingestanden wird und auf der anderen Seite wird negligentia, also materielle culpa, als casus bezeichnet, so z. B. vor allem im Strafrecht (cf. l. 11 § 2 dig. 48,19) und zwar wieder nur aus dem formellen Grunde, weil diese culpa nicht zu vertreten ist. Es muss daher bei der Quellenexegese der materielle uud formelle Culpabegriff und dessen Kehrseite der materielle und formelle Casusbegriff jederzeit wohl auseinandergehalten werden. Indem man so culpa bald für Schuld, bald für Zurechnung überhaupt nahm, wahrte man äusserlich die Reinheit des Culpaprinzipes und von hier aus repräsentirt das geltende römische Recht rein die Periode der Culpahaftung, (vgl. S. 177, A. 1), während es thatsächlich die dem Prinzipe der Rechtssicherheit entstammende (unbedingte) Garantiecustodia beibehalten hat. —

für sich ist es daher, soferne es sich um Haftung oder Nichthaftung (casus) dreht, vollkommen gleichgiltig, durch welchen Unfall die Sache zu Grunde gegangen oder dem Berechtigten entzogen worden ist, ob durch ein Naturereignis oder durch Zerstörung von Menschenhand, ob durch die Gewalt der Feinde oder durch einfachen Diebstahl; wichtig ist nur der Umstand, ob auf Seite desjenigen, welcher haften soll, ein Verschulden besteht oder nicht, indem es prinzipiell hier lediglich auf den subjektiven Thatbestand des Unfalls ankommt. Dem entsprechend zählen auch die Quellen nirgends einzelne Fälle des casus auf, wie sie dies sehr häufig hinsichtlich der nachher zu besprechenden vis maior thun. Es fehlt ihnen eben jeder Anlass hiezu; denn für die Befreiung von der Haftung ist ausschliesslich massgebend, dass in concreto ein Zufall d. h. keine Schuld vorliegt, und die Frage nach der angreifenden vis, wornach wir einzelne Arten von Unfällen unterscheiden, ist ganz und gar überflüssig. Der casus existirt daher auch für die Quellen immer nur als negativer (die Schuld verneinender) Begriff, als ein Begriff, der sich immer erst im concreten Falle durch Feststellung des Nichtvorhandenseins von Schuld ergibt[1]) und eine positive Darlegung dessen, was sich im einzelnen alles als Zufall herausstellen kann, ist nirgends gegeben[2]) und wäre auch völlig belanglos. Denn einerseits gibt es weder Arten von Unfällen, bei welchen schon nach ihrer allgemeinen objektiven Natur, also ohne Betrachtung des in concreto vorliegenden Falles gewiss wäre, dass immer Schuld vorhanden sei auf Seite der für die Sache verantwortlich zu machenden Person[3]), andererseits gibt es wiederum keine Art von Unfällen, von welchen in gleicher Weise das Gegenteil

---

1) Cf. in dieser Beziehung vor allem § 3a Instt. 3,23: „ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat“ und später „is casus“.

2) Überall heisst es einfach casus, casus fortuitus oder aliquis casus. cf. l. 22 Cod. 2,18 (19); und namentlich l. 10 (11) dig. 3,5; § 4 Instt. 3,14, § 5 Instt. 3,24 u. a. m.

3) Was man z. B. in Ansehung des einfachen Diebstahls hat behaupten wollen (Löhr).

von Anfang an klar wäre[1]). Eine mehr oder weniger grosse Wahrscheinlichkeit von Verschulden oder Schuldlosigkeit aber kann für die Entscheidung, ob Haftung eintreten solle oder nicht, nicht in Betracht kommen; hier handelt es sich um endgiltige Feststellung und diese kann nur eine solche sein, welche die in concreto vorliegenden Verhältnisse berücksichtigt, indem nur daraus das wirkliche Vorhandensein von Schuld oder Nichtschuld (culpa oder casus) zu ersehen ist. Die Frage nach der Schuld aber hat das römische Recht dahin entschieden, dass als culpa (im materiellen Sinne)[2]) sowohl dolus als jedes auch das geringste[3]) Versehen zu betrachten ist und zwar immer in faciendo, in non faciendo jedoch blos dann, wenn bereits ein Verpflichtungsverhältnis (obligatio) vorhanden ist. Namentlich ist in letzterer Beziehung positiv als Grenze der geforderten Achtsamkeit der Fleiss eines fleissigen Hausvaters gesetzt, so dass culpa immer angenommen wird, sobald nicht alles gethan ist, was irgend ein anderer unter den gleichen Umständen für die Sache hätte thun können[4]). Ist daher einem Schuldner die Leistung einer Sache durch einen Unfall ganz oder zum Teil unmöglich geworden, so darf er, um von Haftung frei („securus“[5])) zu sein, in erster Linie nicht den Angriff der vis selbst schuldhafterweise herbeigeführt haben, indem entweder das Auftreten derselben direkt durch sein Thun verursacht wurde oder indem er die Sache erst in eine Lage brachte, in welcher sie dem Angriffe der feindlichen Gewalt ausgesetzt

---

1) So richtig Goldschmidt: „Es gibt kein Ereignis, welches unter allen Umständen die Möglichkeit einer Verschuldung des debitor auszuschliessen vermöchte.“ Freilich gelangt der genannte Schriftsteller von hier aus zu seiner den casus und die vis maior identificirenden Theorie, welcher wir nicht zustimmen können. Inwieferne er hierin nach unserer Auffassung irre geht, dürfte sich aus dem Folgenden ergeben.

2) Formell scheint man freilich auch da von casus gesprochen zu haben, wo eine nicht zu prästirende culpa levis vorlag (wie dies z. B. beim Depositar der Fall sein kann).

3) Cf. l. 44 pr. dig. 9,2: In lege Aquilia et levissima culpa venit.

4) Cf. l. 25 § 7 dig. 19,2: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.

5) Cf. z. B. § 3a Instt. 3,23; § 4 Instt. 3,14; l. 35 § 4 dig. 18,1 u. a. m.

war[1]); dann aber darf ihm auch das Fehlen des genügenden die Wirkung der angreifenden vis aufhebenden Widerstandes nicht zur Schuld gereichen, was nur zutrifft, wenn er im Hinblick auf cura, namentlich aber auf custodia, auf den Schutz der Sache sich als fleissiger Hausvater[2]) bewährt hat. Und zwar wird gerade dieser zweite Punkt, was die Haftung innerhalb einer Obligation anlangt, von den Quellen besonders, ja sogar ausschliesslich hervorgehoben, während der Umstand, dass auch in Bezug auf die Herbeiführung des Angriffs selbst keine Schuld obwalten darf, stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzt wird[3]). Denn, was schon ausserhalb der Obligation verpönt ist, und den allgemeinen Thatbestand eines Deliktes bildet, muss um so mehr eine Haftung begründen, wenn Person und Sache noch dazu ein Band umschlingt, welches die erstere sogar zu einem Handeln zu Gunsten der letzteren verpflichtet. Demgemäss wird immer die dil. dil. patf. und zwar besonders in custodiendo als das äusserste, was verlangt werden kann, direkt als Forderung aufgestellt und, was darüber hinausliegt, als casus bezeichnet[4]). Da ferner der Fleiss eines fleissigen Hausvaters das höchste ist, was, wie überhaupt, so auch in Bezug auf Schutz geleistet zu werden vermag (wobei natürlich diese Möglichkeit nicht absolut zu fassen, sondern nach vernünftigem Ermessen in Hinsicht auf den Gebrauch und den Wert der Sache zu bestimmen ist[5])), so ist casus innerhalb einer Obligation jeder Unfall einer

---

1) Was beim kontraktswidrigen Gebrauch der Sache der Fall ist: cf. l. 18 pr. dig. 13,6;

2) indem für den materiellen casus - non-culpa nur der Schuldner, welcher für omnis culpa einsteht, in Betracht kommen kann. Vom materiellen Gesichtspunkte aus haftet daher der Depositar nicht blos nicht für casus, sondern nicht einmal für culpa (levis); aber andererseits kann ein Schuldner auch für casus (fortuitus) einstehen, insoferne er sich ex pacto verpflichtet hat, über culpa hinaus zu haften (cf. l. 11 § 1 dig. 19,2).

3) Vgl. Stellen wie §§ 2—4 Instt. 3,14, wo ex professo von der Haftung der realiter Obligirten gehandelt wird und lediglich der Haftung für custodia i. g. S. Erwähnung geschieht.

4) Cf. § 4 Instt. 3,14; § 5 Instt. 3,24; l. 35 § 4 dig. 18,1 u. a.

5) Vgl. oben S. 38 ff.

körperlichen Sache[1]), der sich in concreto als durch custodia, bezw. cura überhaupt, unabwendbar herausgestellt hat[2]).

Ist sonach für einen bestimmten Fall festgestellt, dass ein Ereignis sich als casus charakterisire (wobei der für die Feststellung zu erbringende Beweis bekanntlich dem Schuldner obliegt), so hat sich eben in diesem Falle die als causa efficiens aufgetretene vis als vis, cui resisti non potuit erwiesen. Für diese Unwiderstehlichkeit der in concreto wirksam gewordenen vis aber ist an und für sich ein doppelter Grund denkbar: entweder nämlich war die vis schon nach ihrer allgemeinen Natur eine derartige, dass sie unter allen Umständen jeglichen Widerstand in Gestalt von custodia oder cura überhaupt ausschloss, oder es ist dies zwar nicht der Fall, aber der an sich mögliche Widerstand war durch die concreten Verhältnisse zum Teil oder ganz unmöglich gewesen. Dies ist nun freilich für den Begriff des casus als Grund der Nichthaftung vollkommen gleichgiltig, denn derselbe ist, wie schon bemerkt, ein negativer; entscheidend ist blos das Nichtvorliegen einer Schuld und die Frage, worin dieses Nichtvorliegen begründet ist, ist daher eine Frage, deren Beantwortung für den Begriff des casus als solchen gänzlich irrelevant sein muss. Nicht so aber für den Beweis der Unschuld. Um nämlich einen Unfall als casus hinzustellen, obliegt nach dem Gesagten dem Schuldner vor allem der Nachweis, dass er sich als ein fleissiger Hausvater und zwar gerade in dem in concreto vorliegenden Falle bewährt habe. Dieser schwierige, weil einer-

1) Natürlich spricht man von casus wie culpa auch da, wo es sich nicht um eine körperliche Sache handelt und zwar ist hier der Casusbegriff, wie sich von selbst versteht, ganz der gleiche. Wir haben nur deshalb von Anfang unserer Betrachtung an immer eine körperliche Sache vorausgesetzt, weil nur hier der uns zunächst interessirende Unterschied von casus und vis maior sich findet.

2) indem auch wir in Übereinstimmung mit den Quellen bei der Definition des casus blos das Moment betonen, wodurch der Casusbegriff innerhalb der Obligation gegenüber dem ausserhalb der Obligation als eingeschränkt erscheint, wobei gleichsam die Vermeidung von culpa in faciendo als das minus von Forderung in der hier verlangten Vermeidung von culpa in non faciendo als maius enthalten ist.

seits nur durch Aufhellung der kleinsten concreten Einzelheiten, andererseits immer ex post zu führende Beweis würde nun dem Schuldner erspart bleiben, so oft ein Unfall vorläge, dem gegenüber überhaupt nicht, also abgesehen von den concreten Verhältnissen, von einem durch Schutz oder anderweitige Fürsorge zu bethätigenden Widerstand gesprochen werden könnte. Da von den concreten Verhältnissen gänzlich abgesehen werden soll, so geht also die Frage dahin, ob es in der That solche generell zu bestimmende (abstrakte) Unfälle gebe, welche diese Eigenschaft der Unwiderstehlichkeit an sich tragen. Und wirklich haben wir uns bereits oben[1]) veranlasst gesehen, darauf hinzuweisen, dass mit Beziehung auf die hier in erster Linie in Frage kommende custodia Unfälle existiren, gegen welche es nach allgemeiner Erfahrung entweder überhaupt kein Mittel der Abwehr gibt oder nur solche, deren Anwendung vernünftigerweise ausgeschlossen ist. Auch die Quellen unterscheiden derartige Unfälle von den gewöhnlichen, und bezeichnen sie mit Ausdrücken, wie vis (casus) cui resisti non potest[2]), cui humana infirmitas resistere non potest[3]), namentlich aber sprechen sie kurzweg von vis maior[4]) (sc. quam cui resisti possit) und damnum fatale[5]), indem sie bei vis maior die Ursache, bei damnum fatale die Wirkung ins Auge fassen[6]), während im übrigen beide Ausdrücke das Nämliche bedeuten[7]). Nach dem Gesagten ist also diese Unterscheidung

1) Vgl. S. 41.

2) Cf. l. 18 pr. dig. 13,6; l. 15 § 2 dig. 19,2; l. 28 Cod. 4,65 etc.

3) Cf. l. 1 § 4 dig. 44,7.

4) bezw. casus maior: cf. z. B. die zahlreichen Stellen, wo von Garantiecustodia die Rede ist. Einmal ist auch der Ausdruck vis magna gebraucht: § 1 dig. 18,6.

5) Cf. z. B. l. 3 § 1 dig. 4,9; l. 52 § 3 dig. 17,2, l. 2 § 1 dig. 18,6.

6) weil der durch vis maior herbeigeführte Schaden (damnum) als ein durch das fatum (das Schicksal, dem niemand entrinnen kann) zugefügter erscheint.

7) Dass vis maior und damnum fatale wirklich das nämliche bedeuten, geht klar hervor aus l. 3 § 1 dig. 4,9, wo es heisst: at hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit ..... Idem erit dicendum et si in sta-

keine specifisch römische, sondern sie ist in der Sache selbst begründet und wäre auch dann vorhanden, wenn sie von dem Rechte nicht eigens hervorgehoben würde. Dagegen ist sie an und für sich keine Unterscheidung des materiellen Rechts, sie kann aber vom positiven Rechte zu einer solchen gemacht werden, wie dies auch vom römischen Rechte geschehen ist. Dies soll nun im Folgenden noch näher erläutert werden.

Vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus ist hinsichtlich der Haftung, wie bereits betont, einzig und allein die Beantwortung der Frage massgebend, ob ein Unfall casus sei oder nicht, ob also Zufall oder Schuld vorliege; und zwar ist die Beantwortung dieser Frage in jedem einzelnen Falle nötig und nirgends schon von vornherein in diesem oder jenem Sinne gegeben: denn, was den Zufall betrifft, träfe das letztere nur dann zu, wenn es Ereignisse gäbe, welche schon ihrem allgemeinen objektiven Thatbestande nach jegliche Verschuldung ausschliessen würden; solche Ereignisse gibt es aber nicht. Daher ist auch die Hervorhebung einer Klasse von (abstrakten) Unfällen als vis maior für das materielle Recht ganz ohne Belang; denn das Vorhandensein einer vis maior setzt blos die Schuldlosigkeit des Obligirten in einer bestimmten Richtung ausser Zweifel, nämlich in Hinsicht auf seine Verpflichtung zur Abwehr, nicht aber in jeder Richtung. Es ist also auch nach dem Eintritte einer vis maior die Schuldfrage bezw. die Frage nach dem casus ebensowenig entschieden, als bei jedem Unfall, der sich nicht als vis maior charakterisirt. Man könnte höchstens sagen, dass im Falle einer vis maior eine grössere Wahrscheinlichkeit als sonst für die Casusnatur des Unfalls

---

bulo aut in caupona (indem das Vorausgehende mit spezieller Beziehung auf den nauta gesagt ist) vis maior contigerit. Mit den letzten Worten will der Jurist offenbar darauf hinweisen, dass das Gleiche, nämlich Haftung bis zum damnum fatale oder was dasselbe ist, bis zur vis maior, wie beim Schiffer, so auch beim Stallhalter und Gastwirt Platz greife. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass nicht der eine oder andere dieser Ausdrücke, je nachdem man eben Ursache oder Wirkung hervorheben will, mit besonderer Beziehung gebraucht werden kann. Vgl. daher unten.

spreche[1]). Aber das Recht kann sich nie und nimmer bei Beantwortung der Schuldfrage mit einer wenn auch grossen Wahrscheinlichkeit zufrieden geben, sondern es muss absolute Gewissheit fordern, wenn es wirklich materielles Recht sein will, und es wäre eine gegen das Prinzip der Gerechtigkeit verstossende Veräusserlichung der Schuldfrage, wollte man diese Wahrscheinlichkeit für Gewissheit nehmen und vis maior schlechthin von der Haftung befreien lassen[2]), was auch den römischen Juristen nicht im geringsten eingefallen ist[3]). Ebensowenig lässt es sich von dem strengen Prinzipe der Gerechtigkeit aus, dessen Ausdruck die reine Culpahaftung ist, rechtfertigen, wenn man da, wo für den höchsten Fleiss eingestanden wird, nur vis maior[4]) befreien liesse, während alle Unfälle, welche sich nicht als höhere Gewalt in diesem Sinne darstellten, ohne weiteres zu prästiren wären. Zweifellos wäre auch hierin eine Veräusserlichung der Schuldfrage zu erblicken, welche jeder tieferen Auffassung derselben widerstreben würde. Dass aber speziell das römische Recht nicht auf diesen Abweg geraten sein kann, beweist schon die prinzipielle Verwertung des Begriffes eines fleissigen Hausvaters für die Bezeichnung des höchsten gesetzlichen Prästationsgrades, indem sonst dieser Begriff gänzlich überflüssig gewesen wäre. Die höchste Haftung wäre dann eben die gewesen, wo nur vis maior befreit haben würde und es hätte somit lediglich auf eine Feststellung dieses letzteren Begriffes ankommen können. Wenn daher l. 18 pr. dig. 13,6 sagt:

> In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus ad-

---

1) Weil hier, was die Verpflichtung zur Obhut und Fürsorge anlangt, keine Schuld vorliegt.

2) während doch wenigstens ein sog. casus mixtus überall denkbar ist. (Goldschmidt). Vgl. überhaupt hierzu wie auch zum Folgenden die Ausführungen Goldschmidts, welchen wir, insoweit als im Texte geschehen, nur beipflichten können.

3) Cf. das in l. 18 pr. dig. 13,6 über den sog. casus mixtus Gesagte.

4) welche im concreten Fall auch mit Bezug auf die Herbeiführung ihres Eintritts selbst unverschuldet sein müsste.

hibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit velut . . . . .

so will damit nichts weniger gesagt sein, als dass beim Leihvertrage nur solche Unfälle nicht prästirt werden, welche sich als vis maior charakterisiren, (casus, quibus resisti non possit). Wollte man dies annehmen, so wäre der Hinweis auf die diligentia diligentissimi patris familias völlig unbegreiflich; noch unbegreiflicher aber, dass dieser Begriff, der ja gar nicht einmal massgebend wäre, an die Spitze gestellt wird und dass das für die Haftung des Commodatars charakteristische Moment, (dass er blos für vis maior nicht aufkomme) als eine aus der Haftung für Diligenz sich ergebende Folgerung („ut“) erscheint, welche Folgerung überdies ganz ungerechtfertigt wäre[1]). Der richtige Sinn der Stelle kann vielmehr nur der folgende sein: Bei den geliehenen Sachen ist ein solcher Fleiss zu vertreten, wie ihn jeder fleissige Hausvater in seinen eigenen Angelegenheiten, bei seinen eigenen Sachen anwendet, so dass der Commodatar nur diejenigen Unfälle nicht zu vertreten braucht, welchen überhaupt nicht Widerstand geleistet werden kann. Denn diese, aber auch nur diese liegen jenseits des Gebietes, für welches Diligenz in Betracht kommt und während sonst immer ein Unfall als casus blos dadurch erwiesen zu werden vermag, indem man zeigt, dass man alles gethan habe, was möglich war, genügt hier schon der Nachweis, dass der Unfall, wodurch der Schaden eingetreten ist, nicht durch die Schuld des Betreffenden veranlasst wurde[2]); der weitere Nachweis,

---

1) insofern man nicht casus und vis maior identificiren will, wie Goldschmidt thut. Gegen diese Ansicht dürfte aber, abgesehen von dem klaren Wortlaut die l. 3 § 1 dig. 4,9 („etiamsi sine culpa eius res periit“) einzuwenden sein, dass dann die Art und Weise, wie der Begriff der vis maior von den Quellen verwertet wird, durchaus unverständlich bleibt. Ja, darf man überhaupt annehmen, dass die Römer einen so bedeutungslosen und deshalb überflüssigen Begriff in ihre Rechtssprache aufgenommen haben? Ferner spricht noch dagegen die Verwertung des Begriffes der vis maior mit Beziehung auf den Erlass des Pachtschillings (cf. l. 15 § 2 dig. 19,2; l. 25 § 6 eod.); hier ist es so klar als nur möglich ausgesprochen, dass nicht jeder unverschuldete Unfall (casus), sondern blos der durch vis maior bewirkte den Pächter berechtigt, einen Nachlass des Pachtzinses von dem Eigentümer des Grundstücks zu verlangen.

2) Dies wird auch hier erfordert, und ist nicht etwa schon mit dem Be-

dass auch der hinsichtlich des (durch custodia bezw. cura überhaupt) zu bethätigenden Widerstandes geforderte Fleiss in concreto angewendet wurde, ist beim Vorliegen von vis maior irrelevant, da ja von vornherein feststeht, dass einem derartigen Unfall kein genügender Widerstand entgegengesetzt werden kann. Was also die praestatio diligentiae anlangt, so vertritt sich vis maior ganz von selbst; in dieser Richtung ist der Schuldner, welcher für Fleiss aufkommt, schon durch das objektive Vorliegen der höheren Gewalt entschuldigt, und eine Entschuldigung seinerseits mithin nicht mehr nötig, wie das in l. 2 § 1 dig. 18,6 (ebenfalls von Gaius, wie die soeben aufgeführte l. 18) in der klarsten Weise zum Ausdruck gelangt ist durch die Worte: Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum. Wer demnach ein damnum fatale oder, was dasselbe besagt, eine vis maior für sich anführen kann, der ist eben dadurch auch schon entschuldigt (er ist ex causa), nämlich in Ansehung des zu leistenden Fleisses, während sonst immer erst der concrete Fall in Betracht gezogen werden muss, und, selbst wenn objektiv der verlangte Fleiss vorhanden war, trotzdem der schwierige Unschuldbeweis misslingen kann. Will man daher sagen, wer bei Prästation von Diligenz sicher freigeht, so kann man dies nur von dem behaupten, der sich auf vis maior zu berufen vermag[1]). Dagegen liegt es nicht in dem Begriffe der vis maior, dass sie auch, abgesehen von omissio diligentiae unverschuldet ist; ja es ist sehr leicht denk-

---

griffe der vis maior gegeben, obwohl regelmässig auch in dieser Hinsicht keine Verschuldung vorhanden sein wird. Vgl.: mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt und die ausdrückliche Betonung der Haftung im Falle des kontraktswidrigen Gebrauches der Sache. (Beides ebenfalls in l. 18 pr. cit.) Cf. auch l. 23 in fine dig. 50,17: animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt.

1) Ähnlich Brinz, Pand. II, S. 272: „Möglicherweise haben denn auch jene Stellen (l. 18 pr. l. 2 § 1 citt.), den maior casus nicht zum casus überhaupt vergemeinern, sondern nur sagen wollen, dass da, wo diligentia prästirt wird, sicher nur der maior casus befreie, unterhalb seiner immer noch Zweifel übrig, und der Unschuldbeweis prekär sei.“

bar, dass dieselbe sogar absichtlich von jemand herbeigeführt wird, wo sie dann nichtsdestoweniger vis maior bleibt[1]); denn für den Begriff derselben kommt es blos auf das Moment der Unwiderstehlichkeit an, sie ist die vis, cui resisti non potest, auch dann, wenn ihr Eintritt von demjenigen, welcher für die Sache haftet, schuldhafterweise verursacht worden ist. Weil so vis maior nur der culpa in non faciendo gegenübersteht, ist es selbstverständlich, dass sie da, wo es sich blos um culpa in faciendo handeln kann, nicht erwähnt wird und in der That wissen auch die Quellen ausserhalb der Obligationen von einer vis maior nichts[2]). Da aber andererseits auch innerhalb der Obligation die culpa in faciendo haftbar macht, so erscheint ein Unfall erst dann als casus, wenn auch in dieser Beziehung die Unschuld des Verpflichteten festgestellt ist und da ferner diese Feststellung beim Vorliegen von vis maior so gut, wie überall notwendig ist, so ist es richtig, wenn wir oben bemerkten, dass die Hervorhebung der vis maior nur einen Unterschied bezüglich des Beweises d. i. der Art und Weise der Feststellung, nicht aber einen Unterschied bezüglich dessen, was festgestellt werden soll, begründen könne, nämlich bezüglich des casus, welcher Begriff aber für das materielle Recht allein entscheidend ist. Wenn trotzdem die Quellen den Begriff der vis maior, der seine Entstehung nicht theoretischer Konstruktion sondern der praktischen Erfahrung verdankt, in ihre Sprache aufgenommen haben, so hat dies darin seinen Grund[3]), dass sie, wie bereits erwähnt, innerhalb der Obligation vor allem die Verpflichtung zum Handeln betonen und wenn sie infolge dessen den casus definiren als denjenigen Unfall einer körperlichen Sache, welcher sich in concreto als durch custodia bezw. cura unabwendbar erweist, so erscheint allerdings von hier aus die vis maior als der abstrakte casus d. h. als der in abstracto unverschuldete Unfall. Und darin finden auch namentlich die

---

1) Vgl. Goethes Zauberlehrling: „Die ich rief die Geister, werd' ich jetzt nicht los.

2) so namentlich nicht gegenüber der aquilischen culpa.

3) abgesehen von dem im folgenden Paragraphen zu besprechenden.

zwei oben citirten Aussprüche des Gaius ihre Erklärung. Thatsächlich aber ist die vis maior nichts weiter als der in abstracto unwiderstehliche Unfall, wodurch zwar culpa in non faciendo ausgeschlossen ist[1]), dem Vorhandensein von culpa in faciendo jedoch an sich nichts im Wege steht. Daher kann auch beim Vorliegen von vis maior dem Beklagten der Beweis seiner Unschuld in der letzteren Richtung nicht erlassen werden und die Sache verhält sich nicht etwa so, dass der Kläger die Schuld des Beklagten zu beweisen hätte[2]). Frei-

1) indem jegliches facere, jedes Handeln zu Gunsten der Sache als Abwehr drohender Gefahren aufzufassen ist, so dass das Unterlassen desselben (auch das dolose) niemals als Herbeiführung der den Unfall bewirkenden feindlichen Gewalt, sondern immer als Fehlen des der vis entgegenzusetzenden Widerstandes erscheint. Denn die vis als der positive Faktor des Unfallsthatbestandes kann ihren Ursprung nicht in dem rein negativen Unterlassen haben. Umgekehrt ist jedes facere zu Ungunsten der Sache direkte Verursachung des Unfalls, weil der Thäter direkt causal wird für den Eintritt der vis.

2) cf. l. 9 § 4 dig. 19,2, wo von dem sonst als vis maior erklärten incursus latronum die Rede ist und es deutlich heisst, dass der conductor gregis beweisen müsse, dass die Räuber die Ziegen ohne Hinterlist auf seiner Seite weggetrieben haben. Hiebei ist doch zweifellos daran gedacht, dass der conductor mit den Räubern unter einer Decke gesteckt sein und denselben die Herde doloser Weise in die Hände gespielt haben könne — was jedenfalls als eine direkte Herbeiführung der angreifenden vis zu charakterisiren wäre. Ebenso sind sowohl in l. 18 pr. dig. 13,6 als in l. 23 de R. J. die mortes servorum (bezw. animalium) als vis maior aufgeführt, jedoch mit dem Zusatz, dass sie blos dann nicht prästirt werden, wenn sie sine dolo et culpa des Schuldners sich ereignen, worunter ebenfalls an die direkte Verursachung des Todes durch Thätigkeit des Schuldners zu denken ist — auch hier ist offenbar der diesbezügliche Unschuldsbeweis vom Beklagten zu führen. Das Gleiche gilt auch vom sog. casus mixtus; auch hier ist kein Grund einzusehen, warum der Kläger das Vorhandensein der Schuld und nicht vielmehr der Beklagte das Nichtvorhandensein derselben sollte darthun müssen. So wird es sich namentlich in dem von l. 18 cit. angezogenen Falle, wo das entlehnte Silbergeschirr über Land mitgenommen wird und dabei Räubern in die Hände fällt, gar nicht vermeiden lassen, dass der Punkt zur Sprache gebracht wird, ob denn der Beklagte das Recht gehabt hat, das Entlehnte auf Reisen mitzunehmen, und da die Erlaubnis hiezu (wegen der grösseren Gefahr) nicht ohne weiteres als von dem Eigentümer gegeben erachtet werden kann, so wird wohl oder übel dem Beklagten nichts übrig bleiben, als den Nachweis zu liefern, dass ihm die Erlaubnis von dem Kläger ausdrücklich oder stillschweigend (indem dieser von der Reise gewusst hat), erteilt worden sei. Vgl. noch l. 5 § 7 eod. l. 1 § 4 dig. 44,7.

lich kann sich auch in dieser Beziehung ebenfalls schon aus der Natur der vis maior selbst eine grosse Wahrscheinlichkeit, ja unter Umständen die Gewissheit der Unschuld des Beklagten ergeben[1]) und es ist dies sogar sehr häufig der Fall, weil dieselben Momente, welche die Unwiderstehlichkeit der vis maior begründen, zumeist auch den Schluss auf einen dem Beklagten gänzlich fremden Ursprung zulassen — aber das für den Begriff der vis maior einzig und allein entscheidende Moment ist und bleibt demungeachtet ihre Unwiderstehlichkeit, alles andere ist rein zufällig[2]). Daraus folgt, dass deshalb, weil thatsächlich eine culpa, welche die vis maior herbeigeführt hatte, vorlag[3]), nichtsdestoweniger von vis maior gesprochen werden kann, und diese Folgerung wird auch durch die Terminologie der Quellen vollkommen bestätigt, woraus wieder deutlich zu entnehmen ist, dass dieselben wirklich das charakteristische Merkmal der „höheren Gewalt" lediglich in ihrer Unwiderstehlichkeit erblicken[4]).

---

[1]) so z. B. im Falle eines Erdbebens und ähnlicher elementarer Ereignisse.

[2]) Wenn in l. 25 § 6 dig. 19,2 die vis maior mit der griechischen θεοῦ βία identisch erklärt und in Anlehnung hieran auch sonst von vis divina im Sinne von vis maior gesprochen wird, so ist dieses Attribut nicht mit Bezug auf den Ursprung der vis, sondern vielmehr mit Bezug auf die Übermächtigkeit der Gewalt zu verstehen, es soll damit bezeichnet werden eine Macht, welcher die menschliche nicht gewachsen ist, eine vis cui humana infirmitas resistere nequit. Wäre damit die nicht vom Menschen herrührende (elementare) Gewalt gemeint, so könnte der so häufig erwähnte hostium vel praedonum incursus nicht darunter subsumirt werden. Auch der Ausdruck „damnum fatale" ist daher nur mit Beziehung auf die Unwiderstehlichkeit des Unfalls aufzufassen.

[3]) oder auch eine culpa interveniens, indem nämlich der Schuldner die Sache in eine Lage versetzt hatte, dass die feindliche Gewalt überhaupt auf sie einwirken konnte.

[4]) So sagt z. B. § 2 Instt. 3,14 vom Commodatar: Sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur si modo non huius culpa is casus intervenerit. Es kann also das Moment, dass der Unfall nicht direkt durch Schuld des Verpflichteten veranlasst worden sein darf, nicht schon in dem Begriffe der vis maior enthalten sein; denn sonst läge ja in diesem Falle überhaupt keine vis maior mehr vor. Die Stelle aber sagt ausdrücklich, dass, wenn in dieser Richtung Schuld vorhanden ist, auch für vis maior gehaftet werde, welche also trotzdem ihren Charakter als vis maior beibehält.

§ 33.

Das Verhältnis der vis maior zur custodia im gewöhnlichen Sinne und zur Garantiecustodia.

Wie bereits erwähnt, ist der Begriff der vis maior als einer von den concreten Umständen abstrahirenden d. i. in abstracto unwiderstehlichen Gewalt nicht von der Theorie erfunden, sondern aus der Erfahrung geschöpft worden. Sobald nämlich das Prinzip der Culpahaftung sich Bahn gebrochen hatte und die Verpflichtung des Inhabers, für die in seinem Besitze befindliche Sache zu sorgen, allgemein anerkannt war, musste es sich namentlich im Hinblick auf die Fürsorge, welche die Abwehr äusserer Unfälle bezweckt, nämlich die custodia, gar bald zeigen, dass die Bethätigung der letzteren Beschränkungen unterliegt, ja dass es gewissen Unfällen gegenüber entweder überhaupt kein Mittel der Abwehr gibt, oder doch nur solche Mittel, deren Anwendung vernünftigerweise ausgeschlossen ist. Hier war daher gar kein Raum für die Anwendung eines Fleisses und es konnte sonach selbst da, wo die Prästation von dil. dil. patf. verlangt wurde, die Leistung von Fleiss im concreten Falle nicht in Betracht kommen, wenn es sich um einen derartigen Unfall handelte. So sagt l. 1 § 4 dig. 44,7:

> Is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur . . .

Also: wenn ein maior casus vorliegt, dann ist es ganz gleichgiltig, wie sich der Commodatar in Bezug auf den Schutz der Sache im allgemeinen verhalten hat; es wird dies nicht weiter untersucht, eben weil die Sache ein solcher Unfall betroffen hat, dem gegenüber er zur custodia nicht verpflichtet sein konnte, weil überhaupt keine custodia möglich war. Dass er jedoch deswegen noch lange nicht von seiner Haftung frei ist, wurde bereits in vorhergehendem § betont und ist auch in

der soeben angeführten Stelle hervorgehoben mit den unmittelbar folgenden Worten:

Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur veluti . . .

Da ferner prinzipiell custodia allen von aussen an die Sache herantretenden Unfällen gilt, so kann man auch sagen: vis maior ist derjenige äussere Unfall, gegen welchen es ausnahmsweise eine custodia nicht gibt und wo daher dem für dil. dil. patf. in custo haftenden Schuldner der Unschuldbeweis in dieser Richtung erspart bleiben muss, da schon aus dem Vorliegen des Unfalls selbst auf seine Unschuld geschlossen werden kann. Dies alles ergab sich unmittelbar aus der Erfahrung und es hätte nicht einmal einer besonderen Hervorhebung bedurft. Der Richter würde deshalb doch in jedem einzelnen Falle thatsächlich, sei es nun bewusst oder unbebewusst, den Fall der vis maior von den übrigen Unfällen unterschieden haben. Denn da es die Aufgabe des Richters ist, aus den ihm von dem Beklagten dargelegten Umständen, unter welchen die von dem letzteren behauptete Unmöglichkeit eintrat, einen Schluss auf die Schuld bezw. Unschuld desselben zu ziehen[1]), so ist klar, dass da, wo thatsächlich vis maior vorlag, schon durch diese Thatsache selbst für den Richter eine genügende Grundlage gegeben war, um daraus auf die Unschuld des Beklagten, wenigstens in custodiendo[2]) schliessen zu können und es wird deshalb in einem solchen Falle regelmässig nicht zu einer Darlegung der näheren Umstände des concreten Falls gekommen sein, weil es eben einer solchen nicht mehr bedurfte. Es ergab sich somit von selbst ein thatsächlicher Unterschied zwischen den einzelnen Un-

1) Vgl. Windscheid Pand. II § 265 Nr. 6 und A. 18.

2) bezw. hinsichtlich seiner Verpflichtung zur cura überhaupt. Jedoch steht an und für sich der vis maior fast immer die custodia gegenüber (daher ja bekanntlich die vis maior auch in den Quellen zumeist im Gegensatze zur custodia erwähnt wird) und zwar deshalb, weil die custodia, wie wir oben gesehen haben, den äusseren Unfällen gilt und die Natur der vis maior ebenfalls, wenigstens regelmässig, einen äusseren Ursprung erfordert.

fällen (in abstracto genommen), welcher zwar, wie wir jetzt schon mehrmals betont haben, für die materielle Schuldfrage ohne Belang[1]), aber deswegen doch nicht ohne jede Bedeutung war. Und diese Bedeutung des Unterschiedes lag in der Möglichkeit einer raschen und sicheren Liquidstellung der Unschuld des Beklagten[2]) auf der einen Seite im Gegensatze zu der Notwendigkeit eines subtilen auf die kleinsten Details eingehenden Beweisverfahrens auf der andern Seite.

Was nun die allgemeine Culpaprästation anlangt, so kam hier auch der Begriff der vis maior über diese Bedeutung für das Recht nicht hinaus. Dagegen war dies der Fall auf einem beschränkten Haftungsgebiete, für welches die vis maior sogar zu einem Institute des materiellen Rechts erhoben wurde. Es war dies das Gebiet der alten strengen Haftungen, nämlich das uns bereits wohl bekannte Gebiet der Garantiecustodia und das der Haftung aus dem receptum. Hier wurde wie oben dargethan, anfänglich unbedingt gehaftet und zwar schlechthin, indem das damals noch allein herrschende Prinzip der Rechtssicherheit eine solche Strenge als geboten erscheinen liess. Als dann aber das Prinzip der Culpahaftung in das Recht Eingang fand, da erblickte man in der Unbedingtheit der Haftung, wie sie bei der Garantiecustodia und beim receptum statthatte, eine Verletzung der Gerechtigkeit, welcher ja nur eine Haftung für blosse Schuld entsprechen konnte, zugleich aber verhehlten sich die römischen Juristen, von ihrem praktischen Sinne geleitet, keinen Augenblick den praktischen Vorteil, welcher sich dabei offenbarte. Wenn sie daher trotzdem, wie wir gesehen haben, die unbedingte Haftung in diesen Fällen prinzipiell auch in der Folge aufrecht erhielten, so war für sie dabei nicht mehr der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit massgebend, welchem die strenge Haftung allerdings ihren Ursprung verdankt, sondern es war für sie vielmehr die richtige Erkenntnis massgebend,

---

1) Da es sich dabei niemals allein um Verschuldung in custo handeln konnte.

2) sc. in dem Punkte der Verpflichtung zur custodia (bezw. Sorgfalt überhaupt).

dass für Institute, welche so tief ins Verkehrsleben des Volkes einschneiden, wie dies bei der Garantiecustodia und bei dem receptum der Fall ist, auch das Bedürfnis des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen sei. Betrachtete man aber diese beiden Institute von diesem Gesichtspunkte aus, so sprach für ihre Beibehaltung der Umstand, dass durch sie jede Weiterung im Prozesse, ja die Prozesse selbst verhütet wurden[1], was nach Ansicht der römischen Juristen der Sicherheit im Handel und Wandel d. i. die Rechtssicherheit in diesem Sinne, derart förderlich war, dass sie kein Bedenken trugen, sowohl die Garantiecustodia als die Haftung aus dem receptum aufrecht zu erhalten, nachdem sich noch dazu beide Haftungen bereits eingelebt hatten. Freilich hielten sie andererseits so strenge an dem Culpaprinzip fest, dass sie es nicht über sich brachten, aus dem soeben berührten Grunde die unbedingte Haftung auch auf solche Fälle auszudehnen, wo die Verhältnisse ganz gleich gelagert waren[2], dass sie sich ferner hinsichtlich der Beibehaltung der Garantiecustodia noch ausserdem hinter der Thatsache der regelmässigen Vermeidbarkeit der derselben gegenüberstehenden Unfälle verschanzen und glücklich sind sie aus diesem Grunde, wenigstens, was die Theorie anlangt, in das Gebäude der Culpahaftung einfügen zu können, während sie die Beibehaltung der Haftung aus dem receptum auch noch in der späteren Zeit mit dem damals gewiss selbst für römische Verhältnisse nicht mehr zutreffenden Motive der besonderen Unredlichkeit dieser Leute (Wirte, Stallhalter und Schiffer) begründen zu müssen glauben[3]. Daher ist es selbstverständlich, dass man die Unbedingtheit der Haftung soweit modificirte, als man dies thun konnte, ohne des berührten praktischen Vorteiles verlustig zu gehen. Man wollte sonach Befreiung von

---

1) Vgl. S. 179.

2) wie z. B. in Hinsicht auf die Garantiecustodia für die negotiorum gestores im weiteren Sinne.

3) Cf. l. 3 § 1 dig. 4,9 und Dernburg (a. a. O.) S. 340: „Diese Argumente (nämlich die Rechtfertigung der Strenge des Edikts) passen besser zur Beschönigung des Edikts in seiner ursprünglichen Anwendung als zu der Gestalt, welche die Sache später erhielt."

der Haftung dann eintreten lassen, wenn eine rasche Liquidstellung der Unschuld des Beklagten möglich war, so dass man eine besondere Weiterung im Processe nicht zu befürchten hatte. Dies traf aber, wie wir gesehen haben, nur da zu, wo der Unfall das Wesen der vis maior an sich trug, indem hier gerade, was den schwierigen Beweis, dass keine culpa in non faciendo vorliege, anbetrifft, eine Schuld des Beklagten ausgeschlossen war. Um jedoch der custodia sowohl als der Haftung aus dem receptum den Charakter einer unbedingten Haftung trotzdem zu wahren, kleidete man die Ausnahme der vis maior in die Form einer exceptio, so dass bereits der Prätor in iure darüber zu befinden hatte, ob ein Ereignis vis maior sei oder nicht[1]). Dadurch aber, dass hier auch nach dem Untergange des ordo iudiciorum nur die Einrede der vis maior von der Haftung zu befreien vermochte, während der Beklagte mit einem andern Unschuldbeweis schlechterdings nicht zugelassen wurde, hatte die vis maior in dieser Richtung nicht mehr blos eine Bedeutung für den Beweis, sondern sie war dadurch auch zu einer materiell rechtlichen Bedeutung erhoben, die ihr an und für sich nicht zukam. Denn hier hiess es: vis maior befreit allein und wegen der Form der exceptio war man auch genötigt, zu sagen: sie befreit immer, wenn nicht der Kläger in der Form einer replicatio eine Schuld des Beklagten[2]) geltend machte. Wie bereits oben dargethan, liegt hierin vom Standpunkte des Schuldprinzips aus allerdings eine Veräusserlichung der Schuldfrage; aber es ist dabei zweierlei wohl zu bedenken: erstens handelte es sich für die Römer bei Statuirung der exceptio vis maioris nicht etwa um eine das richterliche Ermessen beschränkende Beantwortung der Schuldfrage durch das Gesetz, sondern vielmehr gerade umgekehrt um die Milderung einer Haftungsform, bei welcher bisher die Schuldfrage gar keine Berücksichtigung gefunden hatte: somit haben wir es hier im Gegenteil mit einer Concession an das Schuldprinzip, anstatt mit einer Verletzung desselben zu thun. Dann

1) Vgl. S. 178.

2) hinsichtlich der Herbeiführung der vis selbst oder wegen casus mixtus.

aber wird zwar für jedes Recht der Satz: „Wo keine Schuld, da keine Haftung" im allgemeinen zur Richtschnur dienen müssen, jedoch hat gerade unsere neuere Gesetzgebung[1]) deutlich bewiesen, dass der Rechtsverkehr in einzelnen Beziehungen sehr wohl unbedingte d. h. auf Schuld oder Nichtschuld keine Rücksicht nehmende Haftungsformen verlangen kann, und wenn der Gesetzgeber in manchen Fällen dieser Forderung wirklich Rechnung getragen hat, so hat er damit nur auch in dieser Richtung dem allgemein anerkannten modernen Standpunkte Geltung verschafft, wornach es erste Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Prinzipien der Volkswirtschaft einen massgebenden Einfluss auf die Gesetzgebung zu gewähren. Erfordert nun das Bedürfnis nach einem sicheren und stetigen wirtschaftlichen Verkehr eine strenge Haftung und muss dasselbe als wirklich ausschlaggebend für die Einführung derselben erachtet werden, dann bedeutet selbstverständlich die dabei etwa zugelassene Ausnahme der höheren Gewalt[2]) nicht eine Verfehlung gegen das Schuldprinzip, sondern im Gegenteil eine Anerkennung desselben, wie dies im römischen Rechte bei der Garantiecustodia und der Haftung der Schiffer, Wirte und Stallhalter der Fall ist[3]). Sobald man daher von einer unbedingten Haftung ausgeht, kann von einer Veräusserlichung der Schuldfrage deswegen nicht mehr die Rede sein, weil überhaupt nicht nach Schuld gefragt wird, und wenn von der strengen Haftung eine Ausnahme zugelassen wird, so ist natürlicherweise auch diese nicht von dem Standpunkte des Schuldprinzips aus zu betrachten. Was übrigens speziell das römische Recht angeht, so hätte man auf alle Fälle hinsichtlich der exceptio vis maioris wohl oder übel mit einem thatsächlich bestehenden Rechtsinstitute zu rechnen, indem das Vorhanden-

---

1) Vgl. das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 395, 607, 674. Ferner Gesetz über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 §§ 6, 11. Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 1.

2) Vgl. die in der vorhergehenden Note angeführten gesetzlichen Bestimmungen.

3) Diese zwei soeben besprochenen Momente scheint Goldschmidt (a. a. O.) bei seiner Polemik gegen den Begriff der vis maior nicht genügend gewürdigt zu haben.

sein derselben auf das unzweideutigste durch l. 3 § 1 dig. 4,9 verbürgt ist. Diese Stelle sagt nämlich mit Bezug auf das prätorische Edikt über die Haftung der Schiffer und die denselben gleichgestellten Personen Folgendes:

> . . . at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

Über den klaren Wortlaut dieses Fragmentes könnten wir auf keinen Fall hinaus und selbst wenn es richtig wäre, dass in dieser Verwendung des Begriffes der vis maior eine fehlerhafte Veräusserlichung der Schuldfrage zu erblicken sei, so bliebe uns schlechterdings nichts übrig, als zu konstatiren, dass sich die römischen Juristen in der That dieses Fehlers schuldig gemacht haben[1]). Dass ferner auch der Garantiecustodia gegenüber die Ausnahme der vis maior formell als exceptio geltend zu machen war, ist zwar nirgends direkt ausgesprochen, jedoch dürfte dies aus der Analogie der ebenfalls unbedingten Haftung aus dem receptum, dann aber auch aus inneren Gründen[2]) sich ergeben und wenn wir noch nach einem Anhaltspunkte in dem Sprachgebrauch der Quellen suchen, so ist auch dies nicht vergebens, indem der wiederholt vorkommende Ausdruck: in actione (iudicio) vis maior non venit unseres Ermessens in diesem Sinne gedeutet werden muss[3]). Dass aber vis maior

---

1) Die künstliche Art, wie Goldschmidt unsere Stelle beseitigen will, dürfte kaum Anklang finden. Vgl. darüber auch Brinz, Pand. II, S. 273; Pernice Labeo Bd. II, 348 Nr. 10.

2) Vgl. oben S. 178.

3) So heisst es in l. 13 § 1 dig. 13,7: Venit autem in hac actione (pigneraticia) et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia: vis maior non venit. Und in l. 28 Cod. 4,65: In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum cui resisti non potest, venire constat. Die Stellen wollen offenbar sagen, dass ein Unfall, welcher vis maior ist, in der eigentlichen actio selbst nicht zur Prästation komme, indem dieses vielmehr erst durch die auf die exceptio folgende replicatio bewirkt werden könne. Die Haftung sei zwar, was Detentionsverluste anlangt, eine unbedingte, jedoch sei vis maior von derselben

der Garantiecustodia gegenüber etwas anderes bedeutet habe, als in der soeben citirten Stelle und vielleicht wenigstens hier mit dem gewöhnlichen Zufall eins gewesen sei, lässt sich schon deshalb nicht annehmen, weil von einem solchen Unterschied in den Quellen nicht die geringste Andeutung zu finden ist, vielmehr der Ausdruck vis maior (damnum fatale) als ein technischer, also feststehender erscheint[1]). Hält man übrigens daran fest, dass, wer für Garantiecustodia einsteht, ultra culpam gehalten ist, so muss notwendigerweise vis maior auch hier

---

ausgenommen und wenn in einem solchen Falle trotzdem eine Verurteilung des Beklagten (Haftung) erzielt werde, so gründe sich dieselbe nicht so fast auf die Klage als solche, sondern auf eine neuerliche Handlung des Klägers, nämlich auf die Replik. Wollte man die beiden Stellen nicht so auffassen, so würden sie entschieden zu viel behaupten; denn es ist selbst in Bezug auf Detentionsverluste nicht wahr, dass in der Pfandrückforderungsklage oder der Mietsklage vis maior nicht d. h. überhaupt nicht zur Prästation komme; wir wissen ja, dass auch vis maior prästirt wird, falls eine Schuld des Beklagten mitunterläuft, indem hier die Natur des Unfalls als vis maior nicht weiter in Betracht kommt; nur muss eben der Kläger in seiner Replik diese Schuld behaupten und beweisen, weil die dem Unfall innewohnende „höhere Gewalt" schon an und für sich die exceptio zu begründen vermag.

1) Wenn Exner (a. a. O.) meint, dass die römische vis maior kein technischer Ausdruck gewesen sei, (vielmehr die griechische θεοῦ βία), so hat er hiermit gewiss recht für die Zeit, in welcher der Begriff noch nicht zur Milderung der strengen Haftungen verwertet war. Insolange war es ja ein blos durch die allgemeine Erfahrung geschaffener Begriff und konnte daher kein technischer (im juristischen Sinne) sein. Dies änderte sich aber mit dem Zeitpunkt, in welchem sich die Jurisprudenz desselben bemächtigte und ihn für das materielle Recht nutzbar machte. Seine Behandlung wurde eine künstliche und damit der Ausdruck des Begriffes von selbst ein technischer, was auch aus dem Sprachgebrauch der Quellen direkt hervorgeht. So wird namentlich im Gegensatze zur Garantiecustodia regelmässig „vis maior" allein, ohne weiteren Zusatz und ohne nähere Erläuterung durch Beispiele gebraucht. Was konnte sich aber der Laie unter diesem vieldeutigen Ausdruck nicht alles vorstellen? Das Nächstliegende wäre gewesen, darunter eine grössere d. i. ziemlich grosse Gewalt zu verstehen, während doch der eigentliche Sinn, welchen die Juristen damit verbinden, ein so ganz anderer, viel bestimmterer ist. Das aber versteht man gerade unter einem technischen Begriff: ein solcher ist jeder in irgend einer Specialwissenschaft besonders ausgeprägter, vom allgemeinen Sprachgebrauch also abweichender Begriff. Vgl. custodia im gewöhnlichen und im technischen Sinne. Wenn aber die Garantiecustodia ein technischer Begriff ist, so ist es selbstverständlich auch ihr Gegensatz: vis maior. Cf. Dernburg, S. 338.

dasselbe bezeichnen, wie bei den ebenfalls ultra culpam haftenden Personen des Edikts. —

Diejenigen Schuldner, welche für Garantiecustodia einstehen, haften somit ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld und sie können sich von dieser Haftung blos dann befreien, wenn sie den Eintritt einer vis maior für sich geltend machen können, wenn also der eingetretene Detentionsverlust auf vis maior beruht. Macht aber der Schuldner im Prozesse die Einrede der höheren Gewalt geltend, so ist er, soferne er nur diese gehörig substanziirt hat, ohne weiteres frei, und Sache des Klägers ist es, etwa nachzuweisen, dass trotzdem eine zurechenbare Schuld auf Seite des Beklagten vorhanden war. Im letzteren Falle tritt natürlich wieder Haftung ein, aber der Unfall ist, deswegen nicht minder vis maior, es kommt nur hier seine Qualität als solche für die Frage der Haftung nicht mehr in Betracht. Da aber in der späteren Zeit die Garantiecustodia von der Theorie ganz unter den Gesichtspunkt der Diligenz gestellt und infolge dessen als Haftung für fingirte culpa betrachtet wurde, so kann man das Verhältnis der vis maior zu derselben auch in der Art kennzeichnen, dass man sagt: Derjenige, welcher custodia prästirt, wird mit dem Beweise, dass er allen Fleiss namentlich im Bewahren angewendet habe, nicht gehört, ausser für den Fall, wo vis maior vorliegt, wo dann gänzliche Schuldlosigkeit des Beklagten präsumirt wird, so dass sich hierdurch wiederum erklärt, wenn vis maior gerade der custodia als der Schuldpräsumtion sehr häufig entgegengesetzt wird[1]). Andererseits aber führt diese theoretische Konstruktion auch zu der Auffassung, dass der Garantiecustodia gegenüber blos vis maior casus (fortuitus) sein könne, indem hier nur im Falle einer vis maior Schuldlosigkeit möglich sei, weil sonst immer Schuld präsumirt werde. Diese Auffassung liegt z. B. dem Ausspruche Ulpians in l. 1 § 35 dig. 16,3 zu Grunde, wenn es dort heisst:

---

1) Solche Stellen sind: l. 13 § 1 dig. 13,7; l. 28 Cod. 4,65 l. 52 § 3 dig. 17,2; l. 19 Cod. 8,13 (14); Vgl. ferner noch l. 1, l. 4 Cod. 4,65; l. 1 Cod. 4,23, insbesondere aber l. 30 dig. 13,7.

Sed et si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non autem casus fortuitos.

Es ist daher diese Stelle kein Beweis dafür, dass die Haftung für Garantiecustodia, um die es sich augenscheinlich hier handelt, auch materiell nicht über culpa hinausgehe oder anders ausgedrückt, dass vis maior, die sonst der custodia im technischen Sinne entgegengestellt wird, mit dem casus fortuitus identisch sei, sondern es soll damit nur gesagt sein, dass der sich zudrängende Depositar auch für culpa levis und in specie in Bezug auf Detentionsverluste für custodia hafte, so dass ihn nur ein casus fortuitus befreit, wobei als selbstverständlich nicht weiter erwähnt wird, dass, was die custodia anlangt, nur vis maior sich als solcher ergeben kann. Aus dem gleichen Grunde ferner darf es nicht auffallen, wenn überhaupt da, wo nicht speciell von Garantiecustodia gesprochen wird, davon die Rede ist, dass jeglicher casus befreie, obschon der betreffende Schuldner für die erstere aufkommt und ihn also in dieser Hinsicht nur vis maior zu befreien vermag[1]). —

Nachdem die römische Jurisprudenz dem Begriffe der vis maior eine selbst in das materielle Recht eingreifende Bedeutung beigelegt hatte, sollte man erwarten, dass sie auch auf das genaueste die Kriterien entwickelt hätte, wornach die so wichtige Frage, ob ein Unfall sich als vis maior charakterisire oder nicht, mit Sicherheit hätte entschieden werden können. Doch finden sich in dieser Beziehung nur einige dürftige Andeutungen[2]); die römischen Juristen begnügten sich vielmehr damit, den Begriff durch Beispiele zu erläutern[3]) und über-

---

1) Vgl. Stellen wie § 4 Instt. 3,14; § 5 Instt. 3,24 und ähnliche.

2) Vgl. Hafner (a. a. O. S. 1): „Die Quellen geben keine Definition der höheren Gewalt".

3) Dies geschieht allenthalben in grösserer oder geringerer Ausdehnung. Cf. besonders l. 18 pr. dig. 13,6; l. 23 de R. J., l. 15 § 2 dig. 19,2. In letzterer Stelle wird direkt auf die Analogie verwiesen mit den Worten: et si quid simile acciderit. Cf. ferner noch l. 3 § 1 dig. 4,9; l. 5 § 4 dig. 13,6; l. 17 § 4 dig. 19,5; l. 1 Cod. 4,65 u. a. m.

liessen es dem praktischen Gefühl des Richters, nach Analogie dieser Beispiele die Frage im einzelnen Fall zu entscheiden. Sie gingen dabei von der richtigen Erwägung aus, dass auch die vis maior, wie jeder Begriff, welcher seine Entstehung der Erfahrung verdankt, sich zwar gegen jede theoretische Analyse spröde verhalte, dass aber der Praktiker trotzdem das Richtige immer sehr wohl wird treffen können, wenn man ihm nur durch Aufstellung einiger unzweifelhafter Beispiele an die Hand gehe[1]). Als solche finden wir in dem Kataloge, welchen l. 18 pr. dig. 13,6, ohne natürlich auf Vollständigkeit Anspruch zu machen, bringt, folgende aufgeführt, welche wir auch sonst vereinzelt als Beispiele treffen[2]):

mortes servorum (quae sino dolo et culpa eius accidunt[3])), latronum hostiumve incursus, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae servorum, qui custodiri non solent.

Und in der That tragen die hier genannten Unfälle auch die Begriffsmerkmale die vis maior als einer in abstracto unwiderstehlichen Gewalt an sich. Zunächst liegt es im gewöhnlichen Lauf der Welt, dass Menschen sterben und wenn daher ein solcher Fall eintritt, so wird, wenn nicht besondere Anhaltspunkte hiefür gegeben sind, niemand daran denken, dass etwas anderes Schuld daran trage, als eben die Vergänglichkeit alles Irdischen; so sagt ein deutsches Sprüchwort: „Gegen den Tod ist kein Kraut gewachsen“ und der römische Jurist verleiht diesem Gedanken Ausdruck, indem er den Tod der Menschen

---

1) So scheint mir Goldschmidt feh zu gehen, wenn er (a. a. O.) behauptet, dass eine Scheidung zwischen vis maior und gewöhnlichen Unfällen zwar theoretisch denkbar, aber doch praktisch nur überaus schwer, wenn überhaupt, durchführbar sei. Meines Erachtens ist, wie im Text hervorgehoben, die Sache gerade umgekehrt. Der praktische Sinn wird hier einen Richter von nur einiger Erfahrung kaum im Stich lassen und dürften daher direkte Missgriffe in dieser Richtung nahezu ausgeschlossen sein. Die Römer erkannten ganz richtig, dass sich die Eigenschaft eines Unfalls als vis maior weit leichter fühlen, denn verstehen lasse, sie verzichteten daher darauf, eine starre Regel aufzustellen, nach welcher diese Eigenschaft hätte bemessen werden sollen und liessen so mit Recht dem richterlichen Ermessen freien Spielraum.

2) Vgl. übrigens auch den Katalog der l. 23 de R. J.

3) Siehe darüber oben S. 263 A. 2.

und Tiere[1]) als höhere Gewalt bezeichnet. Was vermag ferner der Einzelne gegen die Übermacht der das Land durchziehenden feindlichen Horden oder gegen den Überfall einer Räuberbande zu Land oder Wasser, was vermag vollends überhaupt menschliche Kraft und Geschicklichkeit gegen das Wüten der entfesselten Naturgewalten, Wasser, Luft und Feuer? Was aber endlich die Flucht der Sklaven anlangt, so haben wir das hieher bezügliche hierüber bereits oben (S. 85) bemerkt, worauf hier verwiesen sein soll. Dieses Verzeichnis von Unfällen, welche als vis maior zu betrachten sind, wird nun noch durch zahlreiche andere Stellen[2]) vervollständigt, so dass der Richter, was die Analogie anlangt, ein ziemlich reiches Material vorfand, aus welchem er entnehmen konnte, was das Recht unter vis maior verstanden wissen wollte.

Im Gegensatze zu dem soeben gekennzeichneten römischen System hat in neuester Zeit Adolf Exner in seiner Abhandlung: „Über den Begriff der höheren Gewalt" die Kriterien zu entwickeln versucht, welche ein Unfall in sich schliessen müsse, um als „höhere Gewalt" zu gelten, wobei er allerdings davon ausgeht, dass höhere Gewalt ein Unfall nur dann sei, wenn er schon seiner Art nach in jeder Richtung unverschuldet erscheine, was, wie wir gesehen haben, wenigstens für die römische „vis maior" nicht zutrifft[3]). So fordert Exner, wie er sich ausdrückt: 1. äussere Provenienz und 2. Grösse und Offenkundigkeit des Ereignisses, zwei Kriterien, welche für die römische vis maior entschieden nicht als massgebend erachtet werden können. Denn sowohl der Tod als die Flucht

---

1) cf. l. 23 de R. J.: animalium . . . casus mortesque.

2) Vgl. in dieser Beziehung namentlich l. 15 § 2 dig. 19,2 u. l. 23 de R. J.

3) Denn vis maior ist der blos im Hinblick auf den seiner vis entgegenzusetzenden Widerstand in abstracto unverschuldete Unfall. Ob in Bezug auf seine Herbeiführung Schuld vorliegt oder nicht, berührt seine Eigenschaft als vis maior nicht. Sonst wäre es auch nicht möglich gewesen die mors servi, welche im einzelnen Falle doch sehr wohl durch direkte Verschuldung des Obligirten herbeigeführt worden sein kann, als vis maior aufzufassen, ebensowenig als die fugae servorum, qui custodiri non solent, welche vielleicht nur allzuhäufig durch (schuldhafte) schlechte Behandlung (und zwar gerade bei unverdächtigen Sklaven) veranlasst wurden.

eines Sklaven werden kaum als ein Ereignis von äusserer Provenienz betrachtet werden können, noch viel weniger aber dürfte hier von Grösse und Offenkundigkeit des Ereignisses die Rede sein. Und wenn in l. 30 § 4 dig. 19,2 mit Bezug auf incendium gesagt ist, dass nur eine extraria vis als die vertragsmässig ausgenommene vis (maior) zu gelten habe, so ist dies allerdings, was den Brand betrifft, richtig. Es sprechen nämlich auch noch andere Stellen dafür, dass die Römer blos das incendium externum als vis maior betrachtet haben, aber nicht etwa deswegen, wie Exner zu meinen scheint, weil nur das, was von aussen kommt, gewöhnlich ohne unsere Schuld eintritt, sondern vielmehr deshalb, weil der in unserer eigenen Behausung entstehende Brand in seinem Entstehen sehr leicht erstickt werden kann, wenn wir ihn nur noch zur rechten Zeit bemerken, (dass wir ihn aber bemerken, ist eben Sache unserer Achtsamkeit [custodia]), während gegen den von aussen in unser Haus durch bereits brennende nebenanstehende Gebäude hineingetragenen Brand custodia gewöhnlich machtlos ist[1]). Abgesehen davon ist auch von den zwei genannten Kriterien in den Quellen nirgends eine Andeutung gegeben. Das einzige Kriterium für vis maior, welches in denselben zu finden ist, ist in l. 52 § 3 dig. 17,2 und auch hier blos andeutungsweise enthalten, indem es nämlich dort heisst:

> Damna, quae imprudentibus accidunt[2]) hoc est damna fatalia socii non cogentur praestare[3]).

Wenn Ulpian hier zu sagen scheint, dass als damna fatalia diejenigen Unfälle zu betrachten sind, welche uns wider unser Erwarten treffen, so kann er hiemit wohl nur solche Unfälle meinen, auf welche wir nicht jederzeit gefasst zu sein brauchen[4]). Denn sonst wäre ja auch der Diebstahl, weil

---

1) Vgl. l. 3 § 1, § 4 dig. 1,15; l. 11 dig. 18,6.

2) Zu einer Emendation des Textes etwa in imo prudentibus, wie Baron a. a. O. will, besteht wohl keine Veranlassung.

3) Cf. l. 6 Cod. 4,24, wo von casus fortuiti, qui praevideri non potuerant die Rede ist.

4) Vgl. Dernburg, a. a. O. S. 337: „Damnum fatale ist etwas, was dem zustösst, der es nicht vorhersah bezw. nicht vorhersehen musste.“ Dabei ist je-

er regelmässig ebenfalls ohne unser Wissen also wider unser Erwarten geschieht, damnum fatale, während dies gerade von unserer Stelle in ihrem weiteren Inhalte verneint wird. Der Jurist denkt nämlich hiebei daran, dass nur die wenigsten Unfälle absolut unwiderstehlich sind, sondern dass die Unwiderstehlichkeit zumeist darin ihren Grund hat, dass man einerseits den Eintritt des Unfalls nicht voraussehen kann, andererseits aber der Aufwand für einen fortwährenden, besondere Massregeln erheischenden (genügenden) Schutz zu bedeutend sein würde, um noch vernünftigerweise verlangt werden zu können, während gerade auch der fast immer mögliche passive Widerstand durch die Unkenntnis des Eintritts vereitelt wird. Absolut unwiderstehlich sind nur ganz grosse und allgemeine Calamitäten wie z. B. Erdbeben, Überschwemmungen und ähnliches. Aber selbst da wäre zumeist ein passiver Widerstand denkbar, indem man eben die zu schützenden Sachen an andere Orte bringen würde, welche davon nicht bedroht wären; dies geht aber nicht an, weil sich der Eintritt dieser Ereignisse nicht voraussehen lässt. Ebenso könnte man wenigstens die wertvolleren Gegenstände gar wohl vor den Augen der Räuber oder Feinde verbergen und so bewahren, wenn man den Überfall nur voraussähe. Desgleichen liesse sich ein Schiffbruch sehr leicht vermeiden, wenn man den Tag des künftigen Sturmes und seine örtliche Ausbreitung vorhersagen könnte; man würde es eben so einrichten, dass das Schiff zu der betreffenden Zeit sich an einem Orte befände, wo es ausser aller Gefahr wäre. Aber auch ein aktiver Widerstand wäre vielfach möglich. Der Einödbauer würde, wenn er den räuberischen Überfall ahnen könnte, seine Nachbarn aus den nächsten Dörfern zusammenrufen, um dem gemeinsamen Feinde Trotz zu bieten; der Schiffsherr würde dem Schiffe eine stärkere Besatzung mitgeben, wenn er wüsste, dass gerade auf dieser Fahrt sein Schiff von Piraten angegriffen werde;

---

doch zu betonen, dass die Nichtvorhersehen lediglich in der objektiven Natur des Unfalls begründet sein muss und dabei nicht etwa die Individualität der betreffenden Person berücksichtigt werden darf.

der Besitzer würde das Dach seines Hauses schon im voraus mit Wasser einnetzen, um eine Entzündung desselben durch Flugfeuer zu verhüten, wenn er voraussehen würde, dass das Haus seines Nachbarn diese Nacht in Feuer aufgehe; der Herr würde seinen Sklaven gewiss bewacht und so seine Flucht unmöglich gemacht haben, wenn er vorausgewusst hätte, dass derselbe, welcher bisher unbescholten war, den Plan zur Flucht gefasst habe.

Diese soeben als passiver bezw. aktiver Widerstand charakterisirten Handlungen fallen aber sämtliche unter den Begriff der custodia und ihre Unterlassung wäre daher omissio custodiae und somit Schuld, wenn custodia überhaupt verlangt werden könnte; dies trifft jedoch nicht zu bei den Unfällen, welche unvorhergesehen eintreten, es müsste denn sein, dass es zugleich Mittel der Abwehr gibt, deren fortwährende Anwendung noch vernünftigerweise gefordert werden kann [1]. Wo nämlich das letztere der Fall ist, kommt es auf die Ungewissheit des Eintritts des schädigenden Ereignisses nicht weiter an; so bei Diebstahl: die gegen ihn ausreichenden Schutzmassregeln sind keine ausserordentlichen; man muss daher auf die Möglichkeit eines Diebstahls jederzeit vorbereitet sein und derselbe ist sonach keineswegs vis maior, wenn er auch wider unsere Voraussicht eintritt. Wenn es daher in l. 52 cit. heisst: damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna

---

1) Jedoch ist es wohl denkbar, dass einmal zufälligerweise trotz der Plötzlichkeit des Eintritts der vis maior custodia noch möglich ist. Wird dieselbe versäumt, so liegt natürlich culpa auf Seite des hiezu Verpflichteten vor, aber die Natur des Unfalls als vis maior wird hiedurch nicht alterirt, indem ja ein Unfall (in abstracto gesprochen) deswegen nicht weniger unwiderstehlich ist, weil ausnahmsweise concrete mit seiner allgemeinen Natur nicht im geringsten zusammenhängende Umstände einen Schutz der Sache trotzdem ermöglichen können. Während es für gewöhnlich Zufall ist, wenn die Sache nicht geschützt werden kann, so ist es hier Zufall, wenn ein Schutz möglich ist und, wie schon oben (S. 35 f.) bemerkt, kann man nicht mehr von custodia im eigentlichen Sinne sprechen, wenn es von einem glücklichen Zufall abhängt, ob sie geleistet werden kann oder nicht. Einen derartigen Fall erwähnt l. 5 § 4 dig. 13,6: nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

fatalia, so will damit nicht etwa gesagt sein: alle unvorhergesehenen Unfälle sind damna fatalia, und es geht dies schon aus dem Umstande hervor, dass der nämliche Jurist in unmittelbarem Anschlusse hieran selbst auf die Haftung für einfachen Diebstahl aufmerksam macht. Diese Bemerkung ist vielmehr der Ausdruck der vollkommen zutreffenden Beobachtung, dass sehr viele Unfälle allein deshalb als unwiderstehlich bezeichnet werden müssen, weil sie nicht voraussehbar sind und Ulpian (von dem die Stelle ist) scheint gerade diese Unfälle innerhalb des Gebietes des casus, cui resisti non potest besonders mit dem Ausdruck: damnum fatale im Gegensatz zur vis maior als der unwiderstehlichen „Gewalt" auszeichnen und so einen engeren Unterschied der beiden an und für sich gleichbedeutenden Ausdrücke begründen zu wollen.

Sonach gehören zur Kategorie der vis maior:

1. alle Unfälle, welche schon wegen der Gewalt, mit welcher sie auftreten, jeden aktiven Widerstand undenkbar erscheinen lassen, daher ihnen ganz besonders der Name vis maior, vis divina, vis cui resisti non potest zukommt[1]). Jedoch muss auch hier noch der Umstand hinzutreten, dass sie nicht voraussehbar sind, weil sonst regelmässig wenigstens ein passiver Widerstand möglich wäre;

2. alle Unfälle, gegen welche zwar ein aktiver Widerstand an und für sich gar wohl denkbar wäre, welche aber trotzdem unwiderstehlich sind, nur weil sie nicht vorhergesehen werden können und ein beständiger Schutz unthunlich ist[2]). Auf diese Unfälle passt daher mehr der Ausdruck damnum fatale, es ist eine Schicksalsfügung, welcher der Mensch nicht zu entrinnen vermag, weil ihm der Blick in die Zukunft verwehrt

---

1) Hier ist die angreifende Gewalt absolut unwiderstehlich, sie ist eine maior cui humana infirmitas resistere nequit. Solche Unfälle sind z. B. Bergsturz, Erdbeben, Ausbruch eines Vulkans, Orkan und ähnliches, also vorzugsweise Naturereignisse, aber auch Feindesmacht.

2) Hier ist sonach die dem Unfall innewohnende Gewalt blos relativ unwiderstehlich, so meistens bei räuberischen Überfällen, bei Feuersbrunst (vgl. oben), plötzlich eintretenden Überschwemmungen etc.

ist. Was die erste Gattung von Unfällen betrifft, gegen welche es überhaupt kein Mittel der Abwehr gibt, so dürfte eine nähere Bestimmung derselben als überflüssig zu erachten sein, da sich in dieser Richtung kaum ein Zweifel ergeben kann[1]. Da ferner gegen die zweite Gattung von Unfällen Abwehr an sich denkbar ist, so muss hier das Moment der Plötzlichkeit des Eintritts die etwaige für den Widerstand in Betracht zu ziehenden Mittel als vernünftigerweise ausgeschlossen erscheinen lassen und zwar ohne Rücksicht auf den Wert der zu schützenden Sache, da sonst eine Betrachtung des in concreto vorliegenden Falles geboten sein würde, was ja nach dem Begriffe der vis maior nicht sein soll. Es gehören deshalb hieher Unfälle, deren Abwehr mit einem solch ausserordentlichen Aufwande verbunden ist, dass sie vielleicht wohl einmal geleistet werden könnte, nimmermehr aber im Hinblick auf die beständige Gefahr im voraus jeden Augenblick parat gehalten werden kann. Der passive Widerstand ist dann in der Regel ganz von selbst ausgeschlossen, weil hier die Notwendigkeit des Gebrauches der Sache hindernd in den Weg tritt[2]. Sonach kommt es bei der näheren Bestimmung dieser

---

1) Wie die in der vorvorhergehenden Anmerkung aufgezählten Beispiele zeigen. Es wurde bereits oben (S. 41) bemerkt, dass der Fortschritt der Kultur den Kreis dieser Unfälle verengen kann, wie dies hinsichtlich des Blitzes der Fall ist. Der Blitz gehörte für die Römer zu dieser ersten Art von Unfällen, während er seit der Erfindung der Blitzableiter aus dem Kreis derselben ausgeschieden ist. Er ist daher heutzutage entschieden nicht mehr als vis maior zu betrachten, wenn auch nicht gesagt werden kann, dass jeder, welcher keinen Blitzableiter auf seinem Haus hat, ohne weiters haftet, wenn irgend eine von ihm zu custodirende fremde Sache durch Blitzschlag beschädigt oder zerstört worden ist. Jedenfalls aber würde der Inhaber eines Lagerhauses in Schuld sein, wenn er auf demselben keinen Blitzableiter angebracht hätte, (auch falls ihm dies nicht schon anderweitig zur Pflicht gemacht wäre) und das darin aufbewahrte Getreide infolge eines Blitzschlages in Feuer aufgehen würde. Wie wir sehen, muss man also jetzt bei Beurteilung der Schuldfrage die concreten Verhältnisse des Falls ins Auge fassen, und damit ist entschieden, dass der Blitz nicht mehr vis maior d. h. eine in abstracto unwiderstehliche Gewalt ist.

2) Vgl. über diese doppelte Beschränkung der Abwehr oben S. 38 ff. und das, was in § 19 über die custodia des Sklaven gesagt ist.

Unfälle auf das billige Ermessen an[1]), wieviel im allgemeinen in Bezug auf Schutzmassregeln verlangt werden kann und ist in dieser Beziehung die Anschauung der Zeit massgebend, so dass für uns die Ansicht der Römer nicht ohne weiters ausschlaggebend sein darf. —

Schliesslich wollen wir noch einer Frage näher treten, welche speziell für unsere Untersuchung von Interesse ist, nämlich der Frage, welche Detentionsverluste als vis maior anzusehen sind und daher von der Haftung für Garantiecustodia befreien. Zunächst ist zu beachten, dass nach den im Vorausgehenden aufgestellten Begriff der vis maior die angreifende vis selbst als maior sich darstellen muss, so dass es also nicht genügt, wenn überhaupt eine vis maior bei dem Vorfalle mit untergelaufen ist. So ist zwar eine plötzlich eintretende Ohnmacht an sich jedenfalls vis maior, aber deshalb ist dies nicht auch der etwa während derselben an der ohnmächtigen Person verübte Diebstahl; es folgt dies auch schon daraus, dass ja hier das Moment der Ohnmacht ein concretes Thatbestandsmoment bildet, welches wohl in Betracht zu ziehen ist, wenn es sich um die Beantwortung der Schuldfrage handelt, welches aber nicht berücksichtigt werden kann, wo die abstrakte Unfallsnatur entscheidend ist, wie für die Frage nach vis maior. Ebensowenig kann die Entfaltung einer ganz besondern Schlauheit und Geriebenheit auf Seite des Diebs den Diebstahl zur vis maior stempeln wie andererseits auch nicht die aussergewöhnliche Einfalt des Bestohlenen: auch in diesen Fällen liegen lediglich concrete Thatbestandsmomente vor, welche die allgemeine Natur des Diebstahls, auf die es allein ankommt, nicht berühren. Anders dagegen verhält sich die Sache bei der von den römischen Juristen ausdrücklich zur vis maior gerechneten effractura latronum. Hier tritt zu dem Thatbestande des gewöhnlichen Diebstahls ein objektives Merkmal hinzu, das die angreifende vis selbst betrifft und daher für

---

[1]) Brinz, (Pand. II, S. 261 Nr. 4, 270 ff.) spricht daher von Unfällen, welche aus Billigkeitsgründen denen, gegen die custodia überhaupt nicht denkbar ist, gleichgestellt werden (damna fatalia).

deren Qualifikation von Bedeutung ist. Dieses Merkmal besteht nämlich darin, dass der Diebstahl (oder auch Raub) mittels gewaltsamer Eröffnung eines abgeschlossenen Raumes[1]) begangen sein muss; es findet also immer eine Verletzung des Verschlusses statt, welche objektiv konstatirt werden kann[2]) und zugleich den Beweis liefert, dass hier eine über die vis des gewöhnlichen Diebstahls hinausgehende Kraftanstrengung nötig war. Ja die Quellen erblicken sogar hierin eine vis cui resisti non potest und erklären zu wiederholtenmalen[3]) den Speicherinhaber für frei, wenn aus dem Speicher mittels Einbruches gestohlen worden ist, während sie die Ersatzpflicht des dominus horreorum „inlaesis extrinsecus horreis" ebenso unbedingt anerkennen[4]). Dabei gehen die Römer von dem Gedanken aus, dass ein Einbruchdiebstahl ohne fortwährende persönliche Bewachung des Gebäudes nicht verhindert werden kann, dass aber die Forderung einer solchen Bewachung von Gesetzes wegen in den meisten Fällen viel zu hart wäre und, da der Speicherinhaber auch sonst keine Ausnahmsstellung innerhalb der locatio conductio einnimmt, so betrachten sie auch, was ihn betrifft, die Aufstellung von Wächtern nicht als gesetzliche, in der custodia enthaltene Verpflichtung, so dass auch ihm gegenüber die effractura latronum als vis maior zu erachten ist. Selbstverständlich war es trotzdem Regel, dass diese horrea von eigens dazu aufgestellten Wächtern (Sklaven) Tag und Nacht beaufsichtigt wurden; dies gebot ja den Speicherinhabern schon ihr eigenstes Interesse. Diese Wächter nun mussten sie im Falle eines Einbruchdiebstahls zur Untersuchung ausliefern[5]), einerseits weil der Verdacht, den Diebstahl selbst

---

1) Vgl. l. 3 § 2 dig. 1,15: „cum vel cella effringitur vel armarium vel arca."

2) was z. B. bei besonderem Raffinement des Diebes nicht möglich ist.

3) cf. l. 1 l. 4 Cod. 4,65; l. 55 pr. dig. 19,2.

4) l. 1 Cod. 4,65 = Coll. X,9: his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet. Coll. X,9 hat die im Text angeführte, wohl auch allein richtige Lesart „inlaesis extrinsecus horreis."

5) cf. l. 4 pr. § 1 Cod. 4,65. l. 55 pr. dig. 19,2. l. 3 § 2 dig. 1,15.

begangen zu haben oder doch mit den Dieben verbündet gewesen zu sein, sich zunächst gegen die Wächter richten musste [1]), andererseits aber, propter aedificiorum notitiam [2]) d. h. um herauszubekommen, ob denn wirklich die Scheune von aussen erbrochen war und nicht etwa ein gewöhnlicher Diebstahl vorlag, welchen man hinterher als Einbruchdiebstahl darzustellen versuchte, um von der Haftung loszukommen [3]). —

Abgesehen von der effractura latronum charakterisiren sich als Unfälle, welche der Garantiecustodia gegenüberstehen, der incursus latronum überhaupt, ferner die öfters erwähnten piratarum insidiae und vor allem der incursus hostium, bei welchem ja immer gewaltsame und heimliche Detentionsentziehungen vorkommen; aber auch Naturereignisse können direkt Detentionsverluste nach sich ziehen, so eine unvorhergesehene Überschwemmung [4]) und ähnliches. Dagegen ist zu betonen, dass nicht jede gewaltsame Wegnahme einer Sache, also der Raub, schon an und für sich vis maior ist, wie ja aus dem Begriffe der letzteren als einer in abstracto unwiderstehlichen Gewalt ganz von selbst hervorgeht. —

V. Abschnitt.

Das Custodiaversprechen.

§ 34.

Vorbemerkung.

An und für sich wäre es wohl das Nächstliegende, ein ausdrücklich gegebenes Custodiaversprechen dahin zu deuten, dass der Promittent sich damit verpflichten wolle, der in Frage

---

1) cf. l. 3 § 2 dig. 1,15: et custodes plerumque puniuntur. l. 4 § 1 Cod. cit.

2) cf. l. 55 pr. dig. cit.

3) Aus dem letzteren Umstand geht namentlich hervor, dass die Römer für den Begriff der vis maior durchaus nicht Offenkundigkeit des Unfalls gefordert haben.

4) Cf. l. 30 dig. 13,7.

stehenden Sache seinen Schutz also custodia i. g. S. angedeihen zu lassen. Nachdem aber, wie wir gesehen haben, die Leistung von Schutz vom Gesetze schon an die Übernahme zur Detention geknüpft ist, so wäre ein vom Detentor ausdrücklich gegebenes Versprechen einer ohnehin schon schuldigen Leistung völlig überflüssig. Ebensowenig kann an ein Versprechen der custodia ohne Übernahme zur Detention gedacht werden, da ja die letztere die thatsächliche Voraussetzung jedes Schutzes bildet und daher ein derartiges Versprechen ganz widersinnig sein würde. Es kommt deshalb eine custodiae repromissio in diesem Sinne auch nicht in den Quellen vor, wenn man von einem einzigen Fall absieht, welcher in l. 9 § 3 dig. 23,3 behandelt ist. Die Stelle spricht zunächst davon, dass das von der Frau in das Haus ihres Ehemannes gebrachte, nicht zur dos gehörige Gut (die Paraphernen) nicht in das Eigentum des letzteren übergehe, sondern nach wie vor Eigentum der Frau bleibe, es sei denn das Gegenteil ausdrücklich vereinbart. Eine andere Frage aber ist, ob der Mann für diese Güter haftet, falls sie zu Grunde gehen, beschädigt werden oder abhanden kommen, ob also der Mann custodia hinsichtlich derselben prästirt. Auch hier ist selbstverständlich die Antwort die, dass von einer Haftung für Schutz auf Seite des Mannes nur dann die Rede sein kann, wenn er die Sachen in seiner Detention hat. Was indes die Feststellung der Detention anlangt, so ergibt sich hier wegen des gemeinschaftlichen Haushalts der Ehegatten etwas besonderes. Während es nämlich sonst hauptsächlich als Beweis der Detention gilt, wenn jemand eine fremde Sache in seinem Hause hat, so schlägt hier dieses Argument nicht ein, weil die Frau in derselben Behausung mit dem Manne wohnt und daher die in derselben befindlichen Sachen ebensogut in der Detention der Frau als in der des Mannes sich befinden können. Und da die Paraphernen Eigentum der Frau bleiben, und der thatsächliche Besitz regelmässig mit dem Eigentum verbunden ist, so müsste sogar im Zweifel die Ehefrau als die Inhaberin betrachtet werden. Weil jedoch der Mann Herr im Hause ist, so steht ihm unter allen Um-

ständen ein grosser Einfluss auf die in seiner Behausung aufbewahrten Sachen zu und dies ist sogar bezüglich derjenigen Gegenstände der Fall, welche die Frau zu ihrem speziellen Gebrauche hat. Daher war es in Rom Sitte, dass die neuvermählte Frau bei ihrem Einzuge in das Haus ihres Gatten ein Inventar ihres gesamten nicht zur dos gehörigen Guts, welches sie dorthin mitbrachte, errichtete (libellus) und sich dasselbe vom Manne unterzeichnen liess als Beweisurkunde dafür, was sie alles mitgebracht habe; hiedurch sicherte sie sich bezw. ihre Erben gegen eine etwaige Verschleppung oder Ableugnung von seite des Mannes für den Fall der künftigen Trennung der Ehe (durch Tod oder Scheidung)[1]. In diesem Vorgange wäre nun allerdings bereits eine Tradition des Paraphernalguts an den Mann zu erblicken gewesen, denn was soll für ein Unterschied bestehen zwischen der mit Wissen (libellus) und Willen des Mannes bethätigten Einbringung und einer eigentlichen Übergabe? Trotzdem pflegt der Ehemann noch ausdrücklich die custodia derjenigen Gegenstände zu versprechen, welche nicht der Frau zu ihrem besonderen Gebrauche überlassen sind[2], damit ja kein Zweifel darüber aufkommen könne, dass er das Paraphernalgut in seine Detention bekommen habe und daher für die seinerzeitige Rückgabe hafte. Die Klage, welcher sich der Mann hiedurch unterwarf, war die actio depositi bezw. mandati[3], je nachdem man den durch das Custodiaversprechen unter gleichzeitiger Hingabe der Sachen begründeten Vertrag

---

1) Cf. l. 9 § 3 cit.: Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse). Hae igitur res an mariti fiant, videamus. Et non puto non quod non ei traduntur (quid enim interest inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?) sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur.

2) Et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint.

3) Cf.: Et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit.

als ein Depositum oder als einen Custodiaauftrag interpretiren wollte. Die Erwähnung des Depositums in der citirten Stelle ist aber jedenfalls der sicherste Beweis dafür, dass unter der custodiae repromissio des Mannes nichts weiter zu verstehen ist, als das einfache Versprechen desselben, den in sein Haus eingebrachten Gütern der Frau seinen Schutz zu gewähren und für die Gewährung des Schutzes auch haften zu wollen. Der Grad der Haftung, welche der Mann hiedurch übernimmt, geht jedoch (ob man nun das Verhältnis als Depositum oder Mandat auffasst) über die ihm in seinen eigenen Angelegenheiten gewöhnliche Sorgfalt nicht hinaus[1]).

§ 35.

Das Custodiaversprechen als Garantieversprechen.

Oben wurde die unbedingte Custodiahaftung aus dem ausdrücklichen Versprechen der Besitzescustodia hergeleitet, zugleich aber gezeigt, dass dieses Versprechen später als mit der Übernahme der Detention stillschweigend gegeben betrachtet wurde und dass die hiedurch begründete Garantiecustodia im geltenden Rechte als gesetzliche Haftung erscheint, welche bei den Schuldnern, die allgemein für die Sorgfalt eines fleissigen Hausvaters aufkommen, durch die Übernahme zur Detention vom Besitzberechtigten ganz von selbst eintritt. Dadurch ist das Custodiaversprechen als Garantieversprechen aus dem Rechte in der Ausdehnung, wie es in der älteren Zeit vorkam, verschwunden und findet sich nur mehr in einzelnen Fällen, welche wir im Folgenden einer näheren Besprechung unterziehen wollen, nachdem bisher blos immer vorübergehend davon die Rede war.

Ein ausdrückliches Custodiageding kommt im geltenden Recht noch vor

1. in den Fällen, wo aus irgend einem Grunde die gesetzliche Haftung für Garantiecustodia ausgeschlossen ist. Die Absicht der Parteien ist dabei darauf gerichtet, das vorliegende

---

1) Abgesehen natürlich von besonderer Übereinkunft. Cf. l. 11 § 4 Cod. 5,14.

Rechtsverhältnis unter die lex custodiae zu stellen und sonach ausnahmsweise für dasselbe die sonst von Gesetzeswegen eintretende Haftung für Garantiecustodia zu begründen. Wir haben bereits zu wiederholtenmalen Gelegenheit gehabt, darauf hinzuweisen, dass ein derartiges Versprechen vor allem beim Kaufe sich findet, für welchen das Vorkommen desselben auch ausdrücklich in den Quellen bezeugt ist[1]). Ferner fand, wie wir gesehen haben, der Begriff der Besitzescustodia auf den Sklaven regelmässig keine Anwendung, weshalb auch dann nicht für Garantiecustodia hinsichtlich desselben gehaftet wurde, wenn dies bei dem vorliegenden Rechtsverhältnisse sonst der Fall war. Auch hier musste daher die Haftung für Garantiecustodia durch ausdrückliches Versprechen begründet werden, wenn sie überhaupt stattfinden sollte[2]). Dagegen hatten wir ebenfalls schon früher Gelegenheit zu bemerken, dass etwas anders gilt für die Fälle, wo die Voraussetzung des voluntate domini tenere als das wesentliche Element der custodia schon vorhanden ist[3]), dieselbe jedoch wegen des allgemeinen durch die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses bedingten niedrigen Haftungsgrades nicht von Gesetzeswegen eintreten kann: ein Custodiaversprechen ist hier, selbst wenn die Parteien die

---

1) Vgl. § 3a Instt. 3,23; l. 35 § 4 dig. 18,1. Was vom Kaufe gilt, gilt in gleicher Weise überall da, wo es an der Voraussetzung des domini voluntate detinere auf Seite des Schuldners gebricht und deshalb custodia ex lege nicht stattfindet. Vgl. auch oben S. 171 f., 243 u. 150ff.

2) Erwähnt wird die ausdrückliche custodiae susceptio bezüglich des Sklaven (in § 3a Instt. 3,23) beim Kaufe, wo im Anschlusse hieran darauf aufmerksam gemacht wird, dass hier ausnahmsweise die übrigen Sachen hinsichtlich der Haftung für Garantiecustodia dem Sklaven gleichstehen. Bei diesem Custodiaversprechen ergibt sich das eigentümliche, dass mit der custodiae susceptio auch die Haftung für fuga servi mit übernommen wurde, obwohl die fuga servorum, qui custodiri non solent als vis maior galt und sich die Garantiecustodia nicht auf vis maior erstreckte. Aber das Custodiaversprechen hatte neben der unbedingten Haftung für Besitzescustodia auch die Haftung für gewöhnliche custodia in demselben Umfange wie bei anderen Sachen zur Folge und der Sklave gehörte somit nicht mehr zu den non-custodiendi, weshalb auch seine Flucht nicht mehr als vis maior erachtet werden konnte. Vgl. das in § 20 hierüber Gesagte. —

3) Im Gegensatz zum Kaufe und ähnlichen Fällen.

Haftung auf Garantiecustodia erhöhen wollen, unnötig und wird daher auch nicht gegeben[1]). —

Ein Custodiaversprechen kann aber

2. auch von jemand ausgehen, welcher schon von Gesetzeswegen zur Haftung für Garantiecustodia verbunden ist. Als Beispiel hiefür findet sich in den Quellen das Custodiaversprechen des Speicherinhabers, der ja, wie bereits dargethan, für Garantiecustodia schon nach dem Gesetze einsteht. Es kann selbstverständlich in einem solchen Falle nicht angenommen werden, dass die Parteien hiemit blos die gesetzlich bestehende Haftung bestätigen wollen — wenigstens im Zweifel nicht —, sondern es muss hierin die Absicht erblickt werden, noch über die gesetzliche Haftpflicht hinauszugehen d. h. auf die vom Gesetze zugelassene Milderung der exceptio vis maioris verzichten und eine schlechthin unbedingte Haftung für Detentionsverluste eintreten lassen zu wollen. Jedoch muss, damit vom Gesetze diese von den Parteien beabsichtigte Folge an ihr Versprechen auch wirklich geknüpft werden kann, noch des weitern gefordert werden, dass sie sich zum Ausdrucke ihres Willens auch der richtigen Form bedient haben und es ist also noch die Frage zu entscheiden, ob denn das Versprechen von custodia in der That als schlechthin unbedingtes Garantieversprechen interpretirt zu werden vermag. Fasst man nun dieses Versprechen auf als Versprechen der Besitzescustodia also in dem Sinne des alten Custodiaversprechens, so steht einer solchen Auslegung nicht das geringste Hindernis entgegen: denn, wie wir bereits oben gezeigt haben[2]), wohnt der Haftung für Besitzescustodia begrifflich die Fähigkeit inne, sich auf alle Unfälle ohne Rücksicht auf die Möglichkeit ihrer Abwehr zu erstrecken und thatsächlich war ja auch die durch das alte Custodiaversprechen begründete Haftung ursprünglich eine ausnahmslose, indem die Milderung der exceptio vis maioris erst später zugelassen wurde. Nie und nimmer aber können wir

---

1) Cf. oben S. 152 f., insbes. S. 154.

2) Cf. S. 161 ff.

von dem Begriffe einer praestatio custodiae im gewöhnlichen Sinne zu dem Begriffe einer unbedingten Haftung gelangen, wie wir ebenfalls schon früher auszuführen Veranlassung hatten [1]). Ist sonach das Custodiaversprechen in dieser Anwendung als Garantirung der Besitzescustodia zu verstehen, so ist die natürliche Konsequenz, dass hiedurch die Haftung auch nur hinsichtlich der der Besitzescustodia gegenüberstehenden Detentionsverluste auf vis maior erstreckt werden kann. In Bestätigung dessen sprechen daher die Quellen auch nur davon, dass der Speicherinhaber durch das Versprechen von custodia auch die Haftung für effractura latronum auf sich nehme, welche auch der gesetzlichen Garantiecustodia an und für sich gegenübersteht, aber als vis maior von derselben ausgenommen ist [2]). Der Umstand, dass ein Custodiaversprechen eines schon von Gesetzeswegen für Garantiecustodia einstehenden Schuldners

---

1) l. c. — Es ist dies, wie mir dünkt, einer der wundesten Punkte der herrschenden Lehre über die technische custodia. Gegenüber den klaren Worten, mit welchen die Quellen den die custodia versprechenden Speicherinhaber für vis maior haften lassen, kann dies selbstredend auch von ihr nicht geleugnet werden; es ist aber eine logische Unmöglichkeit von dem Begriffe der gewöhnlichen custodia, der nach der herrschenden Lehre auch dem technischen Begriffe zu Grunde liegt, zu einer unbedingten, selbst vis maior in sich begreifenden Haftung zu gelangen. Dies ist sogar nach der Ansicht Windscheids der Fall, welcher die technische Custodiahaftung definirt als die Verpflichtung zu einer gesteigerten persönlichen Obhut und Fürsorge, so dass nur wegen vis maior nicht gehaftet wird. Also kann die letztere selbst nicht durch diese besondere Obhut vermieden werden und doch sollte der, welcher diese besondere Obhut noch eigens verspricht, obwohl er schon so wie so dazu verpflichtet ist, auch für höhere Gewalt einstehen! Vom Standpunkte der herrschenden Theorie ist und bleibt daher das Custodiaversprechen des Speicherinhabers ein Rätsel, das auf keine Weise gelöst werden kann und doch geben selbst die Quellen einen Fingerzeig, wie dasselbe zu lösen ist, indem sie immer nur von Detentionsverlusten sprechen, während doch das Garantieversprechen alle äussere Unfälle umfassen müsste, wenn es überhaupt mit dem Begriffe der custodia im gewöhnlichen Sinne in direktem Zusammenhang stünde.

2) Cf. l. 1 Cod. 4,65; l. 55 pr. dig. 19,2: besonders aber l. 4 Cod. eod: Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem (nicht idem) exhibere debent. Es ist also die Haftung des Speicherinhabers für vis maior nur eine Fidespflicht, nicht aber eine gesetzliche, wie auch die Garantiecustodia ursprünglich lediglich eine Fidespflicht war.

nur vom Speicherinhaber erwähnt wird, sowie ferner der Umstand, dass die Quellen wiederholt zu betonen Veranlassung nehmen, dass auch dieser blos dann für vis maior einstehe, wenn er ausdrücklich custodia versprochen hat, lässt darauf schliessen, dass gerade hier dieses Versprechen regelmässig gegeben wurde, und zwar so regelmässig, dass man es schon darin erblicken wollte, dass der Inhaber die Aufbewahrung der Sachen übernahm oder überhaupt die Deposition derselben in seinem Speicher gestattete. Gegen diese Auffassung wird zwar in den zwei als l. 1 und l. 4 in den Codextitel: De locato et conducto (4,65) aufgenommenen kaiserlichen Rescripten die nachdrücklichste Verwahrung eingelegt; aber es besteht kein Zweifel, dass die Verkehrssitte sich trotzdem gar bald auf diesem Gebiete gewohnheitsrechtliche Geltung verschafft haben würde, wenn nicht mit dem Untergang des römischen Reiches auch die Entwicklung seines Rechts zum Stillstand gebracht worden wäre. Dadurch aber hätte die horrei locatio auch rechtlich den Charakter eines Mobiliarversicherungsinstitutes erlangt, den sie thatsächlich durch das stereotyp gegebene Custodiaversprechen bereits zur Zeit Justinians an sich trug[1]).

---

1) Wir haben bereits oben (S. 222f.) darauf hingewiesen, dass wir uns unter diesen horrei locationes grossartig organisirte von grossen Kapitalisten ausgeübte Institute zu denken haben, welche die wertvollsten Sachen gegen Entgelt zur zeitweiligen Aufbewahrung übernahmen, dafür aber unbedingte Garantie zu leisten pflegten, so dass also vom Standpunkte des Einlegers aus betrachtet (allerdings nur betreffs der Detentionsverluste, welche aber bei wertvollen Sachen auch zunächst zu fürchten waren) eine Mobiliarversicherung im heutigen Sinne vorlag, wobei das pretium depositionis als Prämie fungirte. Ein Unterschied zwischen der jetzigen Mobiliarversicherung und der horrei locatio besteht also nur in der Ausdehnung auf alle Unfälle bezw. Beschränkung auf Detentionsverluste, dann aber namentlich auf Seite des Versicherers darin, dass es sich heutzutage vom Standpunkte des letzteren aus nicht mehr um eine Sicherung der betreffenden Sache selbst, sondern vielmehr um die ihres Eigentümers vor ökonomischen Verlusten handelt, während die horrei locatio rechtlich als vertragsmässiger Schutz der deponirten Gegenstände selbst zu konstruiren ist. Dass hierin ein tiefgreifender, ja sogar wesentlicher Unterschied zu erblicken ist, ist allerdings richtig, aber es scheint mir nicht zweifelhaft, dass auch dieses unterscheidende Moment durch die Entwicklung des Verkehrs sehr bald zurückgedrängt und gänzlich beseitigt worden wäre. Meines Erachtens haben wir daher in dieser horrei locatio für das römische

Im Vorausgehenden haben wir gesehen, dass jedes Versprechen der Besitzescustodia eine prinzipiell unbedingte Haftung für Detentionsverluste zur Folge hat. Jedoch kann eine solche Haftung auch durch anderweitige Garantieversprechen begründet werden. So kannte das ältere Recht neben der custodiae repromissio eine salvum fore promissio der Schiffer, Wirte und Stallhalter, welche ebenfalls als unbedingtes Versprechen interpretirt wurde. Versprachen aber diese Leute ein salvum fore, so versprachen sie mehr als blos custodia d. h. unbedingte Haftung für Detentionsverluste: sie garantirten damit auch für jede Substanzverletzung der aufgenommenen Gegenstände, auch für ein incorruptum reddere[1]; denn, wie Gaius in l. 5 dig. 4,9 sagt: non enim dubitari oportet, quin is qui salvum fore recipit, non solum a furto sed etiam a damno recipere videatur. Es war daher die custodia nur ein Teil der aus der salvum fore promissio resultirenden Haftung[2] und damit erklärt sich auch das prätorische Edikt und im Besonderen l. 3 § 1 dig. 4,9 ganz von selbst[3]. Es wurde nämlich später, wie dies auch in Ansehung des alten Custodiaversprechens der Fall war, das Garantiegeding der salvum fore promissio schon mit der stillschweigenden Übernahme der Güter durch die genannten Personen oder deren Stellvertreter als gegeben erachtet, nur wurde hier dieser Vorgang im Gegensatze zur Garantiecustodia durch den Prätor noch eigens im Edikte

---

Recht den Keim zu einer Mobiliarversicherung in unserem Sinne zu erblicken, und zugleich einen Beweis dafür, dass dasselbe bei seinem Stillstande bereits in die dritte Periode der Rechtsentwicklung getreten war. Cf. S. 177 A. 1.

1) Das Garantieversprechen für blosses incorruptum reddere findet sich z. B. in l. 30 § 4 dig. 19,2. Im Gegensatz zum Custodiaversprechen und diesem Versprechen ist die salvum fore promissio ein umfassendes Versprechen, welches beide in sich enthält. Es liegt dies ja in dem Begriffe der res salva, als des allgemeinsten Ausdruckes, der sich denken lässt. Daher wird ab und zu auch von rem salvam esse gesprochen, wo es sich nur um Garantiecustodia handelt, so z. B. in § 13 (15) Instt. 4,1 u. a. Stellen. Vgl. auch die stipulatio rem pupilli salvam fore des Vormunds.

2) Aber als solcher wird sie doch unter eigenem Namen hervorgehoben: cf. l. 5 pr. dig. 4,9; l. un. § 4 dig. 47,5.

3) Vgl. Windscheid, Pand. § 401 A. 2.

sanktionirt. Dadurch stellt sich die Haftung der Schiffer, Wirte und Stallhalter im geltenden Rechte als Haftung aus dem prätorischen Edikt dar und es sagt nun mit Bezug darauf Ulpian in der erwähnten Stelle Folgendes:

> Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: ..... miratur igitur (Pomponius), cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est etc.

Vom Standpunkte der herrschenden Lehre, welche in der technischen custodia entweder blos dil. in custodiendo oder eine gesteigerte Obhut erblickt, steht die soeben citirte Stelle in einem unseres Erachtens unlösbaren Widerspruch mit anderen Stellen, wie namentlich l. 5 dig. 4,9 (von Gaius) und l. 14 § ult. dig. 47,2 (sogar ebenfalls von Ulpian), in welchen der nauta, caupo und stabularius auf das allerdeutlichste in Bezug auf die Haftung für custodia dem fullo und sarcinator bezw. dem, welcher einen Lohn für die Überbringung eines Briefes empfangen hat, gleichgestellt wird. Da man das omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit absolut nicht wegzudeuten vermag[1]), hat man die letzteren Stellen so zu interpretiren versucht, dass sie dennoch mit l. 3 im Einklang stehen[2]). Doch wird man ohne Gewaltthat auf eine befriedigende Lösung des Widerspruches wohl verzichten müssen[3]), solange man an der Ansicht der herrschenden Lehre festhält. Die Schwierigkeit beruht nämlich darin, dass nach den letzteren

---

1) Obwohl man auch das schon versucht hat, so Goldschmidt.

2) So Windscheid (a. a. O.), der jedoch erfreulicherweise selbst gesteht, dass die von ihm vorgeschlagenen Interpretationen als hart zu bezeichnen sind, so dass daran nicht aller Zweifel ausgeschlossen bleibt.

3) Obwohl das objektive Vorliegen eines solchen bei dem uncorrumpirten Texte der in Frage kommenden Stellen sehr unwahrscheinlich ist.

Stellen, wenn man sie nimmt, wie sie sind, der locator conductor in dem gleichen Sinne für technische custodia haften würde, wie der nauta und daher das prätorische Edikt überflüssig und die Begründung des Pomponius (quia in locato conducto culpa . . . dumtaxat praestatur) unbegreiflich wäre. Denn der Schiffer würde doch schon aus der locatio conductio (und eine solche liegt ja regelmässig vor) zu dem verpflichtet sein, was das Edikt noch eigens für ihn bestimmte und dann könnte entweder die technische Custodiahaftung nur überall über culpa hinausgehen oder nirgends, während in l. 3 ausdrücklich ein Unterschied zwischen der Haftung des locator conductor und der des nauta hervorgehoben wird. Vom Standpunkte unserer Auffassung bietet sich dagegen nicht die geringste Schwierigkeit. Zwar trägt auch nach unserer Ansicht der locator conductor überhaupt gerade so, wie der nauta das periculum custodiae, so dass ihn nur vis maior befreit[1]), aber der nauta trägt in gleicher Weise das periculum ganz allgemein, während dies bei der Dienstmiete sonst nur bezüglich der Detentionsverluste der Fall ist, da sich die technische Custodiahaftung (die Garantiecustodia) eben nur auf solche bezieht. Dadurch aber ist auch das Edikt erklärt bezw. die Einführung einer eigenen actio de recepto und die Ausdrucksweise Ulpians bezw. des Pomponius in l. 3 cit. wird ebenfalls verständlich, wenn man bedenkt, dass zwar die Garantiecustodia unter den Begriff der Culpahaftung gestellt wurde, nicht so aber die umfassendere unbedingte Haftung aus dem receptum, da dies wegen der Natur der in derselben ebenfalls inbegriffenen Substanzverletzungen nicht wohl anging[2]), so dass sogar, wie schon bemerkt, auch noch später der unstichhaltige Grund der besonderen Schlechtigkeit der durch das Edikt betroffenen Personen zur Entschuldigung der strengen Haftung geltend gemacht werden musste[3]). —

---

1) was eben aus l. 5 pr. dig. 4,9 und l. 14 § ult. dig. 47,2 hervorgeht. cf. l. un. § 4 dig. 47,5.

2) Vgl. oben S. 43 f.

3) Vgl. oben S. 271.

Da sich die Ausdrücke salvum fore promittere bezw. recipere speziell für die Personen des Edikts eingebürgert hatten, und hier noch dazu wegen der Ausnahme der vis maior eine beschränkte Auslegung fanden, so wurden sie auch später nicht allgemein zur Begründung einer umfassenden Garantiehaftung gebraucht, sondern die dahin zielenden Parteiversprechen wurden in eine andere beliebige Form gekleidet: so besonders gerne in die der aestimatio[1]) oder periculi receptio oder indemnitatis promissio[2]) u. s. f. Immer aber bildete dann die custodia einen Teil der umfassenderen Haftung und zwar je nach dem als schlechthin unbedingte oder durch die Ausnahme der vis maior gemilderte Garantiehaftung für Detentionsverluste. —

---

§ 36.

Schlussbemerkung.

Zum Schlusse dieser Abhandlung, deren Hauptaufgabe es war, den technischen Custodiabegriff der Römer zu entwickeln, möchten wir noch auf eine Stelle aufmerksam machen, welche uns jeden Zweifel darüber benehmen muss, dass die Unbedingtheit des Einstehens als Grundcharakter dieser Haftungsform betrachtet wurde. Wir finden nämlich in l. 81 (80) dig. 47,2 die folgende, vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus wiederum völlig unerklärliche Auseinandersetzung Papinians (§ 2):

> Si ad exhibendum egissem optaturus servum mihi legatum et unus ex familia servus subreptus, heres furti habebit actionem: eius interest: nihil enim refert, cur praestari custodia debeat.

Die Stelle handelt von einem genus legatum und zwar ist offenbar Gegenstand des Vermächtnisses ein Sklave aus der familia des Erblassers, so dass dem Vermächtnisnehmer auch

---

1) Cf. z. B. l. 5 § 3 dig. 13,6.
2) Cf. l. 1 Cod. 4,23.

eine dingliche Klage (rei vindicatio) zur Seite steht[1]). Unter diesen Umständen kann es sich aber fragen, wer die actio furti haben soll, falls ein servus gestohlen wird, bevor noch der Vermächtnisnehmer von dem ihm zustehenden Wahlrecht Gebrauch gemacht hat. Der Jurist setzt nun voraus; dass der Honorirte bereits die actio ad exhibendum angestellt hatte gegen den Erben und entscheidet, dass hier auf alle Fälle der Erbe die actio furti habe, weil er interessirt sei; denn es komme nicht darauf an, warum custodia prästirt werden müsse. Haftet denn aber der Erbe überhaupt für die custodia, an welche die Erteilung der Kompetenz zur actio furti geknüpft ist? Die Konsequenz unserer Auffassung ergibt, dass dieses nicht der Fall sein kann, weil der Erbe und Vermächtnisnehmer lediglich in einem quasicontractlichen Verhältnisse zu einander stehen. Woher dann aber die Erwähnung der custodia? Dies wird uns sofort klar werden, wenn wir beachten, dass der Erbe durch die Anstellung der actio ad exhibendum in mora versetzt wird, so dass er hinfort sogar für Zufall einsteht[2]). Er haftet daher dem Vermächtnisnehmer unbedingt für das Interesse, welches dieser daran hat, dass er sein Wahlrecht uneingeschränkt ausüben könne und vermag ihn der Umstand, dass die Einschränkung desselben ohne jegliches Verschulden von seiner Seite eingetreten ist, nicht von seiner Haftung zu befreien. Somit aber, sagt Papinian, prästirt er custodia, insoweit es sich, wie hier, um Detentionsverluste handelt, und ist es sowohl was die Bezeichnung als custodia als die daraus abgeleitete Kompetenz zur actio furti anlangt, vollkommen gleich-

---

1) Es geht dies daraus hervor, dass von dem Wahlrecht des Legatars die Rede ist: cf. l. 108 § 2 de leg. I, und Windscheid, Pand. III, § 655 A. 3.

2) Arg. l. 12 § 4 dig. ad exhibendum 10,4: Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quominus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset. Gerade das letzte aber ist bei einem Diebstahl (im Gegensatz zum Tode) immer der Fall, indem der Beklagte kaum wird darthun können, dass der Sklave auch beim Kläger gestohlen worden wäre. Vgl. übrigens auch noch l. 47 § 6 dig. de leg. I und überhaupt Windscheid, Pand. II § 280 Nr 2 u. bes. A. 15.

giltig, worin diese strenge Haftung ihren Grund hat. Es ist also einerlei, ob sie als selbständige Haftung auftritt, indem entweder die gesetzlichen Voraussetzungen (namentlich das domini voluntate detinere) hiefür gegeben sind oder indem sie durch ausdrückliches Versprechen als solche erst begründet wird (Custodiaversprechen), oder ob sie blos als Teilhaftung erscheint, wie bei der salvum fore promissio oder einem ähnlichen umfassenden Garantieversprechen oder bei der eine ebenfalls umfassende Zufallshaftung begründenden mora: *überall trägt sie den Namen custodia und ist hiemit custodia der technische Ausdruck für jede im Prinzipe unbedingte Haftung für Detentionsverluste.*

Berichtigung.

Seite 64 Z. 9 von oben ist hinter: „nur bezüglich des opus haben wir eine locatio conductio“ einzuschalten: was aber nach der in den Quellen recipirten Ansicht nicht weiter beachtet wird.